TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 42 - 2012
Abril / Junho

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.42, p. 1 - 504, 2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 42.2011
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
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

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
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

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

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Des. Paulo Camelo Timbó
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

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 de Assis Filgueira Mendes
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Francisco Auricélio Pontes
Des. Paulo Camelo Timbó

Sumário

Doutrina

Finalidade Social do Processo Jurisdicionalizado no Brasil e as suas Alternativas Resolutivas.....13/44
Francisco de Assis Filgueira Mendes Júnior

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....49/272
Agravo de Instrumento.....275/319
Mandado de Segurança.....323/357
Ação Rescisória.....361/398

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....403/447
Habeas Corpus.....451/461
Recurso Crime em Sentido Estrito.....465/495
Índice Alfabético.....497/504

Doutrina

FINALIDADE SOCIAL DO PROCESSO JURISDICIONALIZADO NO BRASIL E AS SUAS ALTERNATIVAS RESOLUTIVAS

Francisco de Assis Filgueira Mendes Júnior
(Bacharel em Direito)

INTRODUÇÃO

Na obra "O Caso dos Exploradores de Cavernas", Fuller (2003, p.24), registra no voto do Ministro Foster J. da Suprema Corte de Newgarth, ficção por ele criada na ambiência do ano de 4300, a subsistência de um "estado de sociedade civil", se contrapondo a um "estado natural" ou de natureza, auspiciando com sua imaginação a sábia visão de que a norma jurídica com seus aparelhamentos só tem aplicação e exigibilidade, enquanto permanecente um estado social anteparado por uma civilização imperante.

Seguindo o norte de tal concepção, em visão retrospectiva e prospectiva, firma-se a presente pesquisa na consolidação de um entendimento dissertativo, forte na observância de que a norma jurídica volve-se em uma finalidade social e pedagógica, preservativa do Estado e da civilização, e destina-se a um sistema de conscientização das pessoas em cumpri-la, reservando o elemento coativo ao sabor da vontade do eventual prejudicado, quando então o aparelhamento estatal coativo operaria em substituição da vontade do jurisdicionado.

A escassez dos bens econômicos (bens da vida) justifica, primariamente, a luta pela sua obtenção e a resistência oposta a sua fruição e faz conotar a condição humana de egoisticamente querer fazer prevalecer a sua vontade.

O resistir à pretensão (que é inerente à condição humana), gera o que a sociologia denomina de conflito, cuja solução primordial determinada pela organização política social é a intervenção de um dos poderes do Estado, o Poder Judiciário, a quem cabe a aplicação das leis e a resolução do conflito pela ótica jurídica, transformada em litígio.

Tudo isso acontece pela vedação imposta pelo Estado ao exercício arbitrário da própria razão, ao sabor da autotutela e autodefesa.

A busca da pacificação do litígio tem por grande instrumental o processo, que se constitui veículo dos fatos e fundamentos da lide (pretensão resistida), conduzindo ao Juiz-Estado (terceiro imparcial), o conhecimento, formação da prova e deliberação da pretensão deduzida.

Constatada a existência de fenômenos distintos do conflito e do litígio, busca-se pelo presente trabalho a elucidação dos níveis de utilidade e satisfação dos meios legais preconizados pela ordem jurídica, em detrimento ou não da erradicação do conflito, cujo o contexto possibilitará o exercício crítico da eficácia de tais modelos.

A razão do presente estudo é propiciar a revelação dos limites da possível

satisfação jurídica dos litígios (pretensões jurisdicionalizadas), em comparação com a cura dos conflitos, exorcizando as mazelas sociais geradas pelo seu surgimento, distinguindo o litígio do conflito e a instrumentalidade possível para suas soluções, quer sejam ou não institucionalizadas, processo judicial e os meios alternativos para a solução de conflitos, por meio de uma abordagem e crítica, ensejando uma reflexão fundada em aspectos teóricos e concretos (práticos), gravitando em torno da conciliação, mediação e juízo arbitral, sem olvidar as ações coletivas, quadro que ainda hoje se constata como existente.

Não assiste ao autor nenhuma pretensão em apresentar tema original ou inédito, e nem tampouco digressionar sobre os meios alternativos de resolução de litígio, e simplesmente enunciar a razão de ser da norma jurídica, a sua decantação durante as eras civilizatórias, e a importância de um comando moral ético, inspirador de seu cumprimento.

As premissas utilizadas para fixação da idéia e o desenvolvimento do presente trabalho, partindo para o estudo do Direito e consequentemente da norma e do processo, os antecedentes da formação societária, do aperfeiçoamento dos grupos humanos, a criação do Estado, a imposição de regras de conduta dotadas de possibilidades sancionadoras, surgimento do processo como instrumento capaz de gerar a paz e a harmonia social, e de seu esvaziamento pelas possibilidades institucionais de prover o direito em tempo razoável e para todos, motivaram-se, em monografia jurídica de Romano (1963, p. 111-112):

> Antes que nada debe ponerse en relación con el concepto de sociedad. Y esto en dos sentidos, con significación recíproca y complementaria entre sí: lo que no trasciende de la esfera, estrictamente individual y no supera la vida del individuo concreto en cuanto tal, no es derecho (ubi ius societas); a su vez, inversamente, no existe sociedad en el sentido proprio del término, sin que en ella se manifieste el fenómeno jurídico (ubi societas ibi ius), si bien esta última proposición presupone un concepto de sociedad que es imprescindible resaltar. Por sociedad debe entenderse no una simple relación entre los distintos individuos, como sería por ejemplo una relación de amistad a la que es extraño todo elemento jurídico, sino una entidad que constituya, incluso formal y extrínsecamente, uma unidad concreta distinta de los individuos que en ella se comprenden. Y debe tratarse, además, de una unidad efectivamente constituida: asi, aduciendo otro ejemplo, una clase o un estrato social no organizado como tal, sino determinado por una simple afinidad entre distintas personas, no es una sociedad verdadera y propria.

1 SOCIEDADE E ESTADO

1.1 Antecedentes históricos

A história como ciência dos homens e do tempo, registra que no princípio era o homem e a natureza, e diante da abundância dos bens naturais não haveria limites para o seu consumo, e inexistindo escassez seria impossível mensurar o valor econômico

do acervo natural.

A pré-história registra o homem da caverna como um ser plenipotenciário em sua rudeza e primitivismo, abastado em liberdade e riquezas da natureza, entretanto, pobre de convivência social, anotando-se o seu viver em liberdade plena sem restrições comportamentais em seu desfavor, porém em postura de solidão e isolacionismo, aspectos vedantes de comunicação e interação, trazendo em revelação a sua fragilidade e a contestação suprema ao apelo vocacional desde a criação, de ser gregário.

A resultante de tal situação em primeira vista demarca a sua impotência diante das intempéries da natureza, os ataques dos animais selvagens, e até mesmo das agressões perpetradas por seus semelhantes, individualmente ou em grupo, nesta ultima espécie os primeiros assentamento em hordas.

Na busca de um anteparo de segurança, migrou na procura de agrupamentos de seus iguais, onde prescindiu da liberdade plena e ilimitação de obter bens, em troca de uma segurança avalizada pela organização grupal, passando a obedecer comandos provindos da autoridade chefiante e submeteu-se aos usos e costumes tribais que prevaleciam em forma de ordens com cumprimento imposto sob permanente ameaças de sanções, estas as mais cruéis, inclusive com a extinção da vida ou banimento do território antes ocupado. A evolução do homem marca e demarca a própria origem da sociedade, e esta em compasso de evolução vai se impondo por uma crescente espiritualização dos valores na criação de uma axiologia onde gradativamente a imposição de regras de conduta por meio de castigos, foi substituída por preceitos valorativos de caráter restritivo de faculdades de repercussão patrimonial, restando exorcizada a composição física as codificações que surgiram desde os Códigos de Manu e Hamurabi, atestam a elevação gradativa da sociabilidade.

Em visão pertinente aos fatos históricos memorizados desde as pinturas rupestres aos escritos em pedras e em papiros, registra Barroso (2009, p. 3-4):

> No princípio era força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses-múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornaram-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições e escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de condutas que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as relações interpessoais, e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim. Formam-se as primeiras civilizações. Egito, Babilônia, Pérsia. Com os Hebreus consagra-se o monoteísmo e a lei assume sua dimensão simbólica, ainda como ato divino, o pacto de Deus com o *povo escolhido*. A força política da lei religiosa prosseguiria com o cristianismo, dando origem à tradição milenar batizada como *judaico-cristã*. Só por grave injustiça não consta da certidão que é também *helênica*: foram os

> gregos inventores da idéia ocidental de razão, do conhecimento científico fundado em princípios e regras de valor universal. Por séculos depois, tornaram-se os romanos depositários desses valores racionalistas, aos quais agregaram a criação e o desenvolvimento da ciência do Direito, tal como é ainda hoje compreendida. Em síntese sumária: a cultura ocidental, em geral, e a jurídica, em particular, têm sua matriz ético-religiosa na teologia judaico-cristã e seu fundamento racional-legal na cultura greco-romana.

Diante das evidências relatadas, sobressaem-se os elementos associativos do homem (a impossibilidade de viver só) a submissão ao grupo, a um comando (chefia), obediência a preceitos originariamente religiosos e gradativamente substituídos por regras jurídicas, tudo em decorrência da potencialidade aplicativa de sanções, que se iniciaram em punições físicas (corporais), e evoluíram para responsabilização patrimonial.

O sentimento associativo timbra em estigma a luta do homem contra a natureza, em que com seu labor outros elementos se sobressaem, como na visão de Miaille (1979, p.65): "Fica assim dito que a vida social nunca é uma vida dada pela natureza, pelo ambiente, mas sim que é sempre construída pelos homens, e construída na totalidade dos seus elementos tanto materiais como espirituais".

Em derredor de tudo isso a questão da propriedade e a eterna discussão se no início da história do homem a propriedade era coletiva (pública), ou privada (individual), tema que refoge ao compromisso primordial do presente trabalho, entretanto, não despiciendo de observação que uma outra conotação da natureza da *proprietas,* presentemente serve de color ao timbre das regras políticas socialistas (resíduos da propriedade do estado), e capitalista (onde predomina o capital privado, livre da monopolização estatal).

1.2 Visão política

Se estabelecida como premissa a visão política do homem como ser gregário, e buscando apoio em sua vocação associativa, podemos afirmar que desde o início a condução política foi e é o ponto forte das organizações humanas. Analisando a questão política como decorrente do estabelecimento de vínculos entre pessoas, sob uma chefia estatuída por um poder (quer seja religioso ou legal, decorrente da lei em sentido *lato*), também fotografamos a sociedade humana em seus estágios civilizatórios.

A questão política também envolve obrigatoriamente uma conceitualidade de organização, de estruturação, de concessão (ou reconhecimento) de direitos e imposição de deveres (obrigações). Essa idéia grandiosa passou a demarcar a redução do poder e aproximação dos súditos, nasceu a cidadania e em torno dela os direitos humanos.

A frenagem do poder absoluto por uma ordem legal manifestou-se pela elaboração primeira de códigos que evoluíram para as cartas políticas, e que desde a criação da Magna Carta Libertatum do rei João Sem Terra, introdutora do hábeas corpus, vem se reproduzindo e consolidando em uma ordem constitucional, cada vez mais forte e introdutora de direitos da humanidade das mais diversas gerações.

O respeito do Estado para com o cidadão, e a imposição para cumprimento

pelo ente político de direitos e garantias fundamentais, como forma e fórmula de sobrevivência da dignidade humana, é uma das notas mais comoventes da história da humanidade não só pelo viés político, como também pelas visões social, antropológica e jurídica.

Gorczevski, ao abordar as formas alternativas para resolução de conflitos, citando o cientista político, faz ressaltar Campilongo (1997, p.111):

> O último elemento da definição de Estado – o poder de dizer monopolisticamente o direito é válido em determinado território, isto é, a soberania – talvez seja, atualmente, o mais abalado dos conceitos da teoria do Estado. Não que a soberania estatal tenha deixado de existir ou tenha perdido sua importância. Muito menos que o Estado-nação não desempenhe mais funções relevantes na nova ordem internacional. Nada disso. O que ocorre é um questionamento da legitimidade das decisões estatais. A crise do Estado aponta na direção de uma profunda revisão dos seus papéis. Privatizar estatais é apenas uma minúscula faceta da mudança. Discute-se, agora, a capacidade do Estado manter o suposto monopólio da produção do direito.

Ascenção (1978, p.491), ao discorrer sobre os ordenamentos jurídicos de Portugal e do Brasil, equaciona a visão política no realizar o Direito como função do Estado:

> O estado vive em direito. Os órgãos públicos, mesmo os de grau mais elevado, constituem-se e funcionam de harmonia com regras que prevêem a sua actuação. Mesmo as tarefas de natureza não estritamente jurídica se realizam no desenvolvimento de uma teia de regras jurídicas, sobre atribuições, competência, etc. Os princípios fundamentais constam desde logo da Constituição Política. Esta submissão ao direito representa um dado fundamental, ao menos como pressuposto, nos países em que prevalece o chamado "Estado de direito". Verificando que todo órgão estadual se constitui ou actua conformemente ao direito, podemos concluir que todo órgão realiza ou aplica o direito, no sentido que é dado vulgarmente a esta referência à aplicação e que ficou atrás enunciado.

1.3 Visão sociológica

A associação de várias pessoas unidas por uma feição com o objetivo e desiderato agrupativo, passou a conceituar *lato sensu* o termo sociedade. O refinamento deste ideal de *socieatas* deu origem ao gigante *Leviathan,* como denominou Hobbes, e fincou-se em paradigma pelos ideais enciclopedistas da revolução francesa em 1747, onde um contrato social (Rosseau) garantia aos cidadãos a existência de um ente controlador e assegurador do bem estar social.

Em troca da autotutela e da autodefesa retirada das mãos do povo e entregue a um segmento político responsável pela função de julgar, ao seu lado na célebre divisão de poderes, o Executivo e o Legislativo, criou-se o Estado moderno.

Comportando ao poder legislativo, o encargo de elaborar leis, ao executivo de executá-las mediante políticas, e ao judiciário exclusivamente a múnus de interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto.

A função de julgar conotou o Estado-Juiz em sua missão pacificadora da sociedade. Se a norma jurídica defluente da lei tem como destinatário único e exclusivo o ser humano, consequentemente a tutela jurisdicional deve prestigiar o antropo, elegendo-o como beneficiário maior da atividade judiciária.

Sem sociedade não há estado. E sem Estado (organização política) não é possível se pensar na sobrevivência de uma sociedade anárquica. Em primeira reflexão, tem-se que a sistematização preceituaria de condutas tipificadas, com advertência das consequências das transgressões, é ainda a única possibilidade frenadora das paixões humanas, Ferreira (1977, p.290), citando Rumney e Maier, em seu dicionário de sociologia, verbatiza: "Sociedade – reunião definida de indivíduos, dotada de certa permanência, cujo os membros possuem relações explícitas entre si".

O elemento coletivo da reunião grupal humana é também uma constante da definição de estado, elaborada pelo mesmo autor dicionarizante: o Estado é um agrupamento humano fixado sobre um território determinado e dotado de soberania. Scelle (*apud* FERREIRA, 1977, p.108) define: "o Estado é uma ordem jurídica, normativa e orgânica de uma sociedade sedentária e organizada".

Com pontos de afinidades aos limites extremos, sociedade e estado constituem-se em elementos indispensáveis para quem busca um perfil sócio-jurídico e político da função de julgar no estado moderno, e consigna os sinais evidentes da ruptura do pacto social originador, com o colapso de permanência de um mínimo existencial possível e necessário para sobrevivência dos valores supremos da humanidade.

Diante de uma perspectiva jusnaturalista, assinalam-se as verdadeiras características da norma jurídica:

> Assim, o Direito é o atribuir a cada um o que é seu, sem acepção de pessoas nem situações, devendo por isso as suas normas não distinguir ninguém nessa atribuição (não incorrer na acepção de pessoas) a não ser por motivos razoáveis (e daí a característica da generalidade), nem de privilegiar casos tidos por especiais, mas aplicar-se a todas as situações semelhantes (e daí a característica da abstração). O Direito é também um dever-ser que é, não um voto piedoso: é mesmo para ser cumprido – daí a sua imperatividade. Dispõe ainda da possibilidade de se fazer cumprir pela força, e daí a coercibilidade, que se apresenta não como essencial, mas auxiliar. Além disso, a norma jurídica não é um ditame que deixe o seu destinatário sem defesa e sem liberdade. De fato, tal como as normas religiosas, morais ou de trato social, as normas de Direito deixam sempre abertos dois caminhos, o do cumprimento e o do incumprimento. Porque todas pressupõe a liberdade essencial do Homem, que deve poder, em consciência, escolher seu caminhar. A essa característica humana de ser livre na sua opção se chama livre-arbítrio. Com base nele pode-se legitimamente culpar quem violar as normas, aplicando uma sanção, que pode até ser, nos casos mais graves, uma pena. Mas quando, por relevantes razões alheias à sua vontade, uma pessoa se veja na impossibilidade de cumprir rigorosamente o que o Direito lhe impõe, nada tem a temer. Porque nessa situação não teve plena

> liberdade para agir. É o que sucede no caso da legítima defesa (CUNHA; DIP, 2001, p. 165).

Em lições de sociologia, observa-se à ótica da ciência sociológica Durkheim (1983, p.67):

> O homem, com efeito, não é um ser moral senão por viver no seio de sociedades constituídas. Não há moral sem disciplina, sem autoridade; ora, a única autoridade racional é aquela da qual a sociedade está investida, com relação a seus membros. A moral não se nos apresenta como obrigação, isto é, não se nos apresenta como a moral e, pois, não podemos ter o sentimento do dever; mas é o signo exterior pelo qual se reconhece o dever, é a prova sensível de haver, acima de nós, algo de que dependemos.

1.4 Conflito e litígio

Como se afirma no tópico acima, foi a escassez dos bens essenciais à vida que deu origem às disputas interindividuais em busca de uma satisfatividade, pois sendo raros os bens, presumia-se a existência de mais de uma pessoa envolvida na disputa. Era um querer e um resistir, e quase sempre a vitória do mais forte sobre o mais fraco. Perseguindo tal pensamento, a conceituação esposada por Ferreira (1977, p. 73), em seu dicionário de sociologia: "Conflito. Forma ou tipo de processo social em que cada um sabe que só pode ganhar derrotando o outro, visando a destruição ou sujeição do antagonista".

Em Tratado de sociologia, Siches faz observar (1963, p. 480-481):

> Quando os indivíduos ou grupos em competição, para conseguirem determinado objetivo ou em oposição de algum ponte de vista, procuram conscientemente aniquilar, derrotar ou subordinar outra parte, ou de defender-se diante de tais intentos desta, então surge e se desenvolve um processo de conflito. Há conflitos entre indivíduos, entre indivíduos e grupos e entre grupos.

Em análise inicial se identifica que o conflito em verdade é uma desafeição ou desconformidade de interesses e forças, em relação à alguma coisa e que tal comportamento gera uma intranquilidade social, vulnerando a paz e a harmonia necessárias para a convivência social.

A persistência do impasse, entre um querer e um resistir, poderá (e sempre assim acontece) ainda mais pelo direito natural social e constitucional do acesso à justiça, que se submeta o caso para solução do impasse, a um terceiro interveniente togado ou não, a quem caberá decidir sobre os interesses digladiados pelas partes, desta sorte caracterizando o litígio: "Direito processual civil. 1. questão judicial. 2 . Discussão formada em juízo. 3. controvérsia. 4 contestação. 5 causa. 6. conflito de interesses onde há pretensão de uma das partes processuais e resistência de outra" (DINIZ ,1998, p.

148).

Em visão conclusiva é afirmar-se que o material substancial do litígio é o mesmo do conflito operando-se apenas uma distinção, o conflito opera-se no plano das relações sociais, enquanto o litígio se desenvolve na submissão do conflito em busca de uma solução pacificadora, primordialmente pelo Estado juiz ou o juízo arbitral.

2 A FINALIDADE SOCIAL DO PROCESSO

2.1 Considerações gerais

A partir da criação do Estado moderno, tendo como marco a revolução francesa, onde ocorreu mercê das idéias enciclopedistas a estruturação do Estado em 3 funções independentes e harmônicas entre si, cabendo cada uma delas especificamente a realização de atos e procedimentos essenciais a função do ente político que se criava, reservou-se a função de julgar (judiciário) a múnus de aplicar a lei aos casos concretos que lhe fossem submetidos em distinção da função criadora de leis (legislativo) e a executiva destes preceitos legais (poder executivo).

Subtraída desta forma ao homem-cidadão a faculdade de auto-defesa e autotutela, funções vedadas ao exercício por mão própria, gerou-se, em decorrência, a forma única e exclusiva de promover a defesa de seus direitos pela via da petição endereçada à autoridade judiciária competente, desencadeando do que a ciência processual cuidou com a nomenclatura de processo.

Bem se sabe que os impedientes da auto-defesa não afetaram o direito natural da defesa física ao iminente ato agressor (legítima defesa art. 25 Código Penal Brasileiro) e nem tampouco o desforço necessário em defesa da posse (art. 1210, parágrafo 1º, Código Civil Brasileiro). Quanto as demais posturas defensórias ou provocativa de direitos tem se reservado com exclusividade a deflagração de uma postulação possibilitadora da quebra da inércia do Estado-juiz, e de sua pronta intervenção na solução pacificadora do litígio.

Tal real quadro bem distancia-se do ideal de vigilância e segurança sonhado e idealizado de uma efetiva proteção vinte e quatro horas ininterruptas, em que o Estado invadiria integralmente a privacidade do cidadão, sob argumento de prestar-lhe assistência e segurança, violando entretanto o direito à sua intimidade, fenômeno que marcaria a mutação de um Estado democrático para um Estado policial (gendarme).

Solução que se apresenta como abominável, pois afrontadora dos direitos humanos. Revela-se como necessário o pensar de uma nova forma assecuratória da incolumidade corpórea e do direito dos cidadãos, com um mínimo de participação do ente estatal, revelando a plenitude da capacidade de cada pessoa em eleger além da instituição jurisdicionalizada, outras fórmulas compositivas.

2.2 A visão clássica da instrumentalidade processual

Na visão clássica da instrumentalidade processual, ainda decorrente do Estado liberal, onde o ente político primava por um comportamento não intervencionista, deixando aos ideais do *Laissez-faire,* a liberdade absoluta das partes em promoverem suas querelas, indicarem provas com objetivo exclusivo da obtenção de um provimento judicial restrito a uma hipotética resolução do litígio.

Tal modo de agir político, não se preocupava em pensar os males sociais advindos do litígio, restringia tudo exclusivamente a uma solução jurídica inter-partes, olvidando o aspecto social, e deixando o julgador engessado na busca da verdade real, pois em tal fase histórica, a verdade formal era o que prevalecia.

2.3 A Visão moderna da atividade jurisdicional

O Estado social sem se abstrair da concentração da vontade das partes, não deixando cair no esquecimento os princípios da demanda, do ônus probatório e da restrição do julgador em decidir somente o que as partes pleitearam em juízo, proporcionou a ruptura da postura expectante do julgador, dotando-o de capacidade probatória, a par de municiá-lo com o poder dever de indeferir as provas requeridas pelas partes que não se adequarem ao modo de seu convencimento. Até então, tolhido por frenagem legal de iniciativas próprias em busca da verdade real, ei-lo agora em busca de não apenas uma solução jurídica para o conflito, mas também de uma solução social para o litígio, mister inserido em um contexto de restauração do tecido social afetado e revelador do justo.

Visto o processo como uma série de atos complexos, movimentando-se em busca de uma decisão de mérito pretendida, do bem da vida, almejado a uma acalentada jurissatisfatividade, atos estes que se revestem, de certo e determinado formalismo legal, alcançaríamos o primeiro obstáculo.

A agilização do processo, com a eliminação radical das formalidades, a exorcização dos princípios fundamentais, nos conduziria a uma inexorável "utopia", ao compasso de que:

> Na determinação dos fundamentos do formalismo processual civil, consideram-se suas conexões internas e externas, extremando-se as vertentes políticas, culturais e axiológicas condicionantes da estruturação e organização do processo (OLIVEIRA, 1997, p. 218).

Depreendeu-se, então, que a colocação de limites ao Poder do Estado, com o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão e a noção e concretização prática da distribuição do poder estatal entre diversos órgãos, determinam diversas consequências ao ângulo da formalização processual.

Dentre essas, foram enumeradas: a organização de competências, o ordenamento hierárquico dos órgãos judiciais, a estrita regulação formal dos recursos e a necessidade de um procedimento justo e adequado, assim como o próprio acesso à jurisdição.

2.4 Jurisdição e processo sob um enfoque constitucional e processual

A função jurisdicional, própria do Estado, não pode estar subordinada a preceitos de ordem privada. A relação jurídica que se forma no processo é autônoma, diversa da direito material: seus sujeitos são o Juiz, o autor e o réu, em uma relação de natureza triangular.

Direito processual é o ramo do direito público constituído pelas normas relativas à organização e funcionamento da atividade jurisdicional, que visa à atuação do direito objetivo, mediante a solução da lide; e podendo a reintegração do ordem jurídica violada – ou a solução das controvérsias que podem gerar lides – ocorrer seja nas contendas não penais, seja nas relativas a violação de normas criminais, direito processual divide-se em civil e penal.

Todo direito processual, portanto, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais.

Todo direito processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do estado além de ter seus pressupostos constitucionais – como os demais ramos do direito – é fundamentalmente determinado pela constituição, em muito de seus aspectos e institutos característicos.

Pode-se alinhar como princípios constitucionais pertinentes à jurisdição e ao processo, os seguintes: a) o da igualdade art. 5º caput Constituição Federal (CF/88) com correspondência ao art. 125, I do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC); b) princípio do contraditório art. 5, LV CF/88 com repercussão nos artigos 670, II; 1.113, III; 523, II; 1.034, II; 680, III; 250, parágrafo único; 771, I; 781, I; 864, *caput*; 475-d, parágrafo único; 668, *caput*; 557, *caput*; 915, parágrafo 1º; 341, *caput*; 398; 425 e 442 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC); c) publicidade - art. 5º, LX da CF/88 e art. 155 parágrafo único, I e II do CPC; d) devido processo legal - art. 5º, LIV da CF/88; e) direito de petição - art. 5º, XXXIV; f) inafastabilidade de apreciação pelo poder judiciário - art. 5º, XXXV da CF/88; g) vedação a tribunal de exceção - art. 5º, XXXVII da CF/88; h) jurisdição - arts. 1º, 2º, 14 e 483 do CPC.

A simbiose de tais dispositivos constituem-se na garantia constitucional da jurisdição e do processo, sem a qual o exercitamento do direito de ação assumirá um mero sonho ou devaneio de realizar a plena justiça.

Rose (1997, p. 89-90) expressa crença na constitucionalização da jurisdição, conforme se observa a seguir:

> Sem dúvida alguma, uma das melhores descrições da evolução histórica do conceito de jurisdição, desde os primórdios dos nossos tempos, é dada pelo Prof. Calmon de Passos. Explica-nos que desde os tempos remotos, quando o homem já se reunia em grupos, mas sem organização social, sempre que surgia um conflito entre dois componentes do grupo, recorria-

> se à defesa privada ou autodefesa – que nada mais era que a utilização da força bruta. Estava com a razão o mais forte. Vencia a lide aquele que intimidasse o adversário. O que valia era a força bruta, e não o direito. Isso se dava, pois não havia um ente superior, capaz de decidir os conflitos resultantes da convivência dos componentes do grupo social. É a defesa privada, executada pelo próprio indivíduo ou por alguém em nome dele, a primeira manifestação do "direito de ação", antes do aparecimento do Estado primitivo como forma de organização social munida do poder de coerção. Com o surgimento da escrita, gravaram-se as férreas normas da legislação mosaica expressa no Pentateuco e a Lei de Talião, consagrada no ordenamento babilônico, mas comum a todos os povos da época. Com a evolução das relações sociais, nos primórdios da civilização, já por volta de 1711 e 1669 a.C., com o código de Hamurábi, temos uma das primeiras composições das leis escritas, como tribunais minimamente organizados, onde é possível se identificar uma forma tosca de arbitramento. A necessidade de se pacificar o grupo e estabelecer a ordem jurídica, levou a sociedade a desenvolver uma intervenção no campo da administração da justiça. Na luta contra a autodefesa, o Estado começou por discipliná-la e limitá-la, para depois excluí-la por absoluto. Segundo Lucena, é assim que surge o interesse social, excludente dos conflitos e da perturbação da ordem pública que representava a justiça privada, oriundo de dois fatores primordiais: a proibição expressa pelo Estado e a renúncia do indivíduo na realização da justiça partícula.

Existindo na carta política de cada povo um rol de Direitos e garantias fundamentais, claro e evidente que todo o conjunto de direitos materiais e imateriais (objetivos), defluem das normas constitucionalizadas (inseridas na constituição), e nada mais coerente, mesmamente que a previsão normativa infra-constitucional não os contemple, a mera invocação dos preceitos albergados no texto constitucional por si só são autorizantes de suas invocações ao conforto das pretensões reclamadas pelos litigantes.

3 O PROCESSO

3.1 A Visão privatista e publicista

Entendem os jusfilósofos que os paradigmas que nortearam o marcha evolutiva do Estado se refletiram nos lineamentos do direito processual civil e consequentemente no trato da própria atividade jurisdicional.

Desta sorte os sinalizadores do Estado liberal, onde os anteparos protetivos do cidadão eram mínimos, reduzindo o ônus social do ente político maior e proporcionando ao indivíduo uma maior faixa de aparente liberdade, traduzida desde a iniciativa da demanda com extensão ao probatório, reduzindo a participação do Estado-juiz à uma postura de mero espectador do litígio, aplicando o direito na consonância das provas produzidas pelos litigantes, estritamente.

Era vedado o juiz investigar livremente os fatos constituidores da querela e onde se fazia presente a afirmação de que "o que não se encontra nos autos, não existe

no mundo", e realçava o brocardo "iuri novit curia", ou seja, o juiz conhece o direito, o que significava então, "o juiz só conhece o direito", pois nesta condição era um mero servo da lei.

Com o advento do estado social, seus influxos na sistemática processual, fez-se sentir em todas as codificações modernas e ordenou a quebra do monopólio processual que antes existia, sem se abstrair da vontade das partes na propositura da demanda (princípio da demanda), nem do ônus probatório (princípio dispositivo), nem tampouco da restrição do julgador em decidir somente o que as partes pleitearam em juízo (princípio da congruência), entretanto proporcionou a ruptura da mera figuração aplicativa da lei pelo juiz, dotando-o de capacidade probatória (princípio dos poderes instrutórios do juiz), a par de municiá-lo com o poder dever, de indeferir as provas requeridas pelas partes que não se adequarem à exigências de seu convencimento (verificar os artigos 130 e 131 do Código de Processo Civil).

Até então, tolhido por impeditivos legais e influência liberal, de intentar por iniciativa própria a busca da verdade real, ei-lo agora em procura e não apenas uma solução jurídica para o conflito, mas também uma solução social para o litígio, mister inserido em um contexto de restauração do tecido social afetado, merecedor dos curativos da revelação do valor do justo.

3.2 A Moderna finalidade do processo

A moderna finalidade do processo como resultante da passagem (transição) da fase privatista (estado liberal) para a fase publicista (estado social), é a de realçar o fundo social do litígio-conflito, dotando o sistema processual de ferramentas aptas para concomitantemente fazendo incidir a regra jurídica aplicável ao caso e aviar eficazmente uma solução social ao mesmo, atendendo em tempo e hora certa a mazela que afetava o tecido social:

> O Estado moderno repudia as bases da filosofia política liberal e pretende ser, embora sem atitudes paternalistas, "a providência de seu povo", no sentido de assumir para si certas funções essenciais ligadas à vida e desenvolvimento da nação e dos indivíduos que a compõem. Mesmo não ultrapassando a filosofia política do Estado liberal, extremamente restritiva quanto às funções do Estado, a jurisdição esteve sempre incluída como responsabilidade estatal, uma vez que a eliminação de conflitos concorre, e muito, para a preservação e fortalecimento dos valores humanos da personalidade. E hoje, prevalecendo as idéias do Estado social, em que ao Estado se reconhece a função fundamental de promover a plena realização dos valores humanos, isso deve servir, de um lado, para por em destaque a função jurisdicional pacificadora como fator de eliminação dos conflitos que afligem as pessoas e lhes trazem angustia, de outro, para advertir os encarregados do sistema, quanto à necessidade de fazer do processo um meio efetivo para realização da justiça. Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é bem comum e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é licito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a pacificação com justiça. O Estado brasileiro quer uma ordem social que tenha como base o primado do trabalho e como objetivo o

> bem-estar e justiça sociais (art. 193) e considera-se responsável pela sua efetividade. Para o cumprimento desse desiderato, propõe-se a desenvolver a sua variada atividade em benefício da população, inclusive intervindo na ordem econômica e na social na medida em que isso seja necessário à consecução do desejado bem comum, ou bem-estar social (welfare state). Essa atividade compreende a realização de obras de prestação de serviços relacionados com a ordem social econômica e compreende também às providencias de ordem jurídica destinadas, como já vimos, a disciplinar a cooperação entre os indivíduos e dirimir os conflitos entre pessoas em geral. Tal é a função jurídica do Estado (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2007, p. 43-44)

3.3 A Finalidade do processo em todos os escopos

Desta sorte, a finalidade do processo civil em todos os seus escopos (varias atividades e procedimentos), é de tornar relevante a função precípua de aplicar o direito à matéria questionada, revelando o valor do justo e emprestando a máxima finalidade social da norma no atendimento ao bem comum, como já foi apregoado na nossa lei de introdução ao código cível em seu artigo 5º, *in verbis*: "Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Velloso (1997, p.19), discorrendo sobre a questão, expõe acerca do ideário da atividade processual:

> Si la idea de proceso se vincula história y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialéctico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que la razón de ser del proceso no puede ser ota que la erradicación de la fuerza em el grupo social, para assegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuada de convivencia.

Ainda em Bidart (1999, p. 12-13), um dos construtores do código de processo civil para Ibero-América, lavra o sentido da atividade processual:

> Un proceso concentrado, conforme a su propria consistencia y, por ende, más humano. Si el proceso (contencioso) desde la época romana épocase considera como un "acto de tres personas", la razón indica que corresponde "reunir" y no separar a tales sujetos, para que elaboren o desarrollen juntos, el proceso. De ahí que una vez planteadas las cuestiones que separan las partes y que cada una expone al Juez y se comunica a la otra para que los tres sujetos queden ilustrados sobre el problema, se unen en presencia directa y para un diálogo directo, a los tres integrantes principales, sin intermediarios. Presencia, co-presencia y diálogo directo sobre cada uno de los problemas, sustantivos y procesales, principales o accesosios-son dos ideas claves para explicar la efectiva unidade del proceso, realizada-el proceso "es" sus integrantes reunidos para una tarea común. Un instrumento que importa socialmente y, por ende, requiere la efectiva participación de los tres sujetos principales. Aqui hai un cambio sustancial, una opción básica, complentamente diversa de la corriente, que aún reitera el antiguo esquema, inspirado en el duelo de dos contricantes, en términos civilizados que vigia el Juez, para señalar el resultado favorable a uno u otro de los litigantes. Duelo, justa deportiva, no son metáforas que ayuden

> a comprender este tipo de proceso, que procura acentuar su caracter social y, por ende, no entregarlo al solo azar de las habilidades de uno u otro o de ambos contricantes. Y tampoco a la actuación solitaria del Juez. Se trata de un proceso con tres protagonistas a quienes, empenãdos en obtener la justicia em caso concreto, se encomienda que, conjuntamente, aporten los elementos necessarios para reconstruir lo ocurrido en el pasado y los que permitan establecer el Derecho aplicable. El principo de igualdad rige para los tres sujetos, también en cuanto a la prueba, antes casi siempre reservada a las partes litigantes.

3.4 Digressão sobre o verdadeiro conteúdo da norma jurídica

O verdadeiro conteúdo da norma jurídica alcança a partir de seu elemento veiculador a publicização de um preceito valorativo de conduta dotado de possibilidade coativa, esta condicionada à vontade ou intenção do titular (beneficiário) do preceito, que se sentindo lesionado ou prejudicado, poderá utilizar-se dos meios legais com fito a requerer a conservação ou reparação do seu direito.

Em visão de teor positivista, Reale (1983, p.95) ainda afeiçoado à possibilidade sancionatória da própria norma:

> O que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória.

Entende-se que a valoração contida em toda norma tem fundamento nas regras postas em dado ordenamento jurídico, e em princípios morais (éticos) predominantes na civilização vivenciada, espancando com tal juízo, o pensamento da filosofia positivista, de que Kelsen foi o seu maior expoente.

Desta maneira o conteúdo da norma jurídica tem indisfarçável vocação pedagógica, de aconselhamento e orientação a todos os destinatários, pois antes de tudo a satisfatividade do preceito ordenado é uma obrigação social conducente a paz e harmonia comunitária, pois o estado, *per se*, de seu *jus imperii*, não pode impor o cumprimento da ordem normatizada, cabendo tal juízo ao hipotético prejudicado, restando ao poder público dotar exclusivamente de órgãos institucionalizados para cumprir a missão em função substitutiva e por provocação do prejudicado.

3.5. A violação do preceito normativo como ato de pulsão social patológica

A violação do preceito normativo tem se a caracterizar como ato patológico de pulsão na medida de que os ensinamentos e orientações não são recepcionadas pelo complexo de valores e comportamentos do indivíduo, que opta em decorrência do livre arbítrio em perpetrar transgressão vulnerativa ao direito alheio, mesmo que sabedor das consequências advindas de seu ato.

Naquele instante transgride a ordem jurídica e fere o direito material

constituidor do patrimônio jurídico de seu igual, em consequência submetendo-se aos rigores da *faculta agendi* de seu opositor.

3.6. O cumprimento espontâneo da norma

O cumprimento espontâneo da norma é o "capítulo mais sensível e comovente de todo o Direito", repetindo-se, aqui, uma expressão do processualista uruguaio Couture (1991, p. 234).

A pessoa sob influência de todos os seus valores morais e espirituais recebe e assume a presença da força normativa, no que lhe é mais significante, o apelo para seu cumprimento, e por omissividade (não prática do ato transgressor) ou comissividade (reparação das consequências do ato transgressor), reconhece a fulgurante presença do direito alheio e presta reverência social em respeitá-lo.

Na percepção deste sentimento, assinala Couture (1991, p. 233-234):

> Imponer el derecho, hacerlo efectivo por la fuerza, es solo un sucedáneo del orden jurídico. El derecho nace, en realidad, no ya para ser impuesto sino para ser cumplido espontaneámente. Este es su destino. Sin la realización espontánea del derecho, la maquinaria estatal estallaria. Si todos los contrubuyentes hubieran de ser requeridos judicialmente para el pago del impuesto; si todos los conductores hubieran se ser sometidos a prisión por no como lo dispone la ordenanza; si todos los padres debieran ser demandados para dispensar alimentos a sus hijos; si todos los proprietarios fueran constreñidos a reivnidicar em juicio su propriedad;si todo eso, que es solo una ínfima partícula del derecho, hubiera de producirse simultáneamente la estructura de Estado saltaria a pedazos. En cambio, la obediencia espontánea, prevision natural del orden jurídico, hace posible que todo sea satisfecho al mismo tiempo. El derecho vale porque se cumple; la coacción es un "ersazt". La realización espontánea del derecho será siempre una de sus notas más comovedoras.

No Brasil, já professava Telles Junior (1999, p. 71):

> Logo entendi que o que caracteriza o Direito, antes de mais nada, é sua natureza informativa, instrutiva, conselheira, pedagógica. Tenho horror à opressão. Tenho horror à coação. Eu teria abandonado o estudo do Direito se o Direito fosse coativo. A vida não valeria a pena, se viver conforme o direito fosse viver coagido. Desde cedo percebi que a coação, na área do Direito, não é exercida pelas próprias normas jurídicas, mas por quem é lesado, quando as normas jurídicas são violadas. O lesado é que exerce a coação, não a norma jurídica.

4 A SOBREVIVÊNCIA DOS CONFLITOS SOCIAIS APÓS A DECISÃO JUDICIAL

4.1 Preservação da litigiosidade contida

Mesmo que se reconheça o grande avanço da prestação jurisdicional na nova moldura do estado social libertando o juiz de uma postura espectante do drama judiciário, fazendo-o intervir na condução dos apuratórios de fatos e enredos, ainda assim, por vez e deficiência do operador e da própria máquina judiciária, ainda restam sequelas, do conflito que se não tiveram solucionados integralmente pela tutela jurisdicional.

O que Watanabe (2007, p. 4) denominou de "litigiosidade contida", reflete na alta gravosidade dos resíduos de insatisfação social não acobertados pelo ato judicial proferido em sede de qualquer ação no âmbito do judiciário.

A inconformação em tais circunstâncias tende a bifurcar-se em: (I) agastamento com o poder estatal por não ter equacionado o conflito pela via judicial legalmente recomendada, em tempo, ora e de forma satisfatória; (II) com os aparos conflituosos decorrentes da demanda não integralmente resolvida, aglutináveis aos outros problemas e insatisfações, agigantando-se em cada momento em um crescendo sufocante com resultado de insatisfação.

Discorrendo sobre o questionamento da não integralidade da decisão judicial com pertinência a preservação de laivos conflituosos após a manifestação institucionalizada do Estado-juiz, aduz Grinover (2007, p.3-4):

> Todavia a justiça conciliativa não atende apenas a reclamos de funcionalidade e eficiência do aparelho jurisdicional. E, na verdade, parece impróprio falar-se em racionalização da justiça, pela diminuição da sobrecarga dos tribunais, se o que se pretende, através dos equivalentes jurisdicionais, é também e primordialmente levar à solução controvérsias que frequentemente não chegam a ser apreciadas pela justiça tradicional. Assim como a jurisdição não tem apenas o escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção de vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica. Releva, assim, o fundamento social das vias conciliativas, consiste na sua função de pacificação social. Esta, via de regra, não é alcançada pela sentença, que se limita a ditar autoritativamente a regra para o caso concreto, e que, na grande maioria dos casos, não é aceita de bom grado pelo vencido, o qual contra ela costuma insurgir-se com todos os meios na execução; e que, de qualquer modo, se limita a solucionar a parcela de lide levada a juízo, sem possibilidade de pacificar a lide sociológica, em geral mais ampla, da qual aquela emergiu, como simples ponta do iceberg. Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo.

No mesmo sentido está Sales (2004, p. 30):

> O segundo objetivo da mediação é a prevenção de conflitos. A mediação, como um meio para facilitar a solução de controvérsias, deve ser entendida, em todo o seu procedimento, como prevenção, já que evita a má administração do problema e procura o tratamento dos conflitos, ou seja, durante o processo de mediação, o mediador, com sua visão de terceiro imparcial, deve aprofundar-se no problema exposto, possibilitando o encontro e a solução real do conflito. Fala-se em "solução real" porque o fato de dar ganho de causa a uma parte não significa obrigatoriamente que o conflito esteja resolvido. Muitas vezes resolve-se uma querela judicial e outras dezenas aparecem como consequência. Isso se dá comumente porque o impasse revelado, exposto, não é o real. Pouco adianta resolver o problema aparente, pois o real continuará a existir. No momento em que o mediador ajuda a solucionar efetivamente a controvérsia, ele faz ligações entre as pessoas, cria vínculos que não existiam. Dessa forma, alcança o impasse real e daí passa a prevenir a má administração de outros futuros. Assim a mediação, através do mediador, como relata Jean-François Six, expressa uma tarefa maior que a solução de conflitos "sua tarefa não é primeiro médica – curar a febre de um conflito –, mas criadora e preventiva, sua tarefa não é puramente de perícia mas de prevenção.

4.2 Surgimento dos meios alternativos para solução de litígios

A declarada inoperância da máquina judiciária, de porte e lerdeza paquidérmica, se constitui em fenômeno universal que acompanha o estado falimentar do próprio Estado impotente em realizar sua missão política e social de garantir o mínimo existencial, motivando a idealização formulativa de uma política não institucionalizada que estabelecesse possibilidades outras de resolução de conflitos e litígios, sem que interveniente a vontade estatal.

Emergiu de tal concepção a multiplicação de possibilidades endoprocessuais e periprocessuais de obtenção de forma compositiva de litígios por incrementação de apelos para utilização da mediação e do juízo arbitral.

Acenando a nova forma de acesso à justiça, Neves (2004, p.131) preleciona:

> O crescimento das formas alternativas de resolução de conflitos (ADRs – *alternative dispute resolutions*, na expresão inglesa), demonstra que é necessário atender aos anseios sociais de modo como pudermos, sem nos preocuparmos com formalismos, de modo a privilegiar a pacificação social. Como alguns exemplos de meios alternativos teríamos a arbitragem, a mediação, a transação, a peritagem, o *ombudsman*...

4.3 As ADR's americanas

As formas alternativas de resolução de disputas - as já faladas ADR's - como no dizer americano, surgiram da constatação da impossibilidade do mecanismo estatal da jurisdição, para atendimento de toda a demanda de reclamações e insatisfações sociais, por mais que supridas as deficiências do mecanismo judiciário.

A estimulação dos meios alternativos de solução de litígios obedeceu a um aceno emergencial de condutas em salvaguardas da paz e harmonia social, consignando-

se o avanço das técnicas de composição ao sabor dos procedimentos do sabor de mediação e arbitragem.

O vanguardismo do estado da Califórnia em pontificar com a prática da advocacia mediativa, marcou com seu exemplo de adesão a nova idéia solucionadora de litígios, o que foi seguido por outros estados da federação americana e alastrando-se por outros países, asseverando com certeza, objetividade e necessidade da difusão do ideário pacificador pelos meios alternativos da solução de litígios.

Miranda (2005, p. 10) informa do avanço das idéias mediadoras em todo o mundo:

> A opção pela mediação no sistema norte-americana, ordinariamente, advém do consenso das partes que pode se dar antes ou depois de surgido o litígio, Nos EUA, o assunto já é mais antigo, existindo centro de excelência acadêmica, podendo ser mencionado o Havard negotiant Project. Qualquer um pode ser mediador no sistema norte-americano. Há, contudo, serviços de controle de prática de mediação, muitos deles impondo a observância aos códigos de ética, Segundo estatísticas, o modelo de mediação adotado nos Estados Unidos, é muito bem-sucedido. No Canadá, a mediação pode ser realizada como audiência preliminar. A mediação é feita por um juiz diverso daquele que julgará a causa. Pode, a exemplo do modelo norte-americano, a mediação ser voluntária ou obrigatória, sendo o mediador escolhido entre aqueles pertencentes aos quadros do Tribunal ou perante mediadores particulares. No Japão a mediação é cada vez mais importante como modelo alternativo de solução de conflitos na via judiciária tradicional. O processo de mediação normalmente se inicia com a demanda de uma das partes ou com uma remessa de uma ação, pelo juiz, à comissão de mediação. O procedimento de mediação é concretizado por uma comissão, composta geralmente por dois mediadores presididos por um juiz. Não sendo necessário ser jurista para ser nomeado mediador, mas exigem-se conhecimentos do direito civil. No Japão, a mediação judiciária é extremamente eficaz e mais utilizada que os instrumentos tradicionais para a composição de litígios.

4.4 A concepção brasileira

A concepção brasileira dos meios alternativos da solução de litígios, às primeiras teve retrato na ampliação das possibilidades compositivas endoprocessualmente.

O momento conciliador que inicialmente era exclusivo e previsto no artigo 474 do Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), ainda em sua redação originária, veio a tomar corpo e espaço em vários momentos. Ainda tomando por base a o CPC, onde a tentativa conciliatória demarcou momento especial na antecedência do saneamento do processo conforme previsão do artigo 331 e seus parágrafos, modulando com o primitivo artigo 447 uma tênue linha de comunicação entre a quase inicial formação processual e a que antecede a deflagração instrucional, isso tudo, sem prejuízo presença conciliadora dos artigos 125, IV, 448, 449 e 599, todos do estatutário processual civil.

Outro marco de reconhecimento da predominância da composição sobre

o chancelamento da tutela jurisdicional adveio com a edição da lei nº 9099/95 (lei dos juizados especiais), instrumento legal pregoeiro da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre como ideal a conciliação ou a transação (art. 2º).

A opção pelo meio conciliatório é estampada no seu artigo 3º e em todo corpo da lei, privilegiando a forma da composição ao compasso de desestimular o procedimento da reclamatória jurisdicionalizada. A lei nº 9307/96, instituiu o juízo arbitral, ensejando as partes envolvidas no conflito o direito de eleger um julgador não togado (leigo), a quem submeterão as suas querelas e diferenças, assumindo o julgamento não só a forma de sentença com a qualificação de coisa julgada, aspectos que outrora identificavam exclusivamente o produto final da máquina judiciária.

A propagação benigna da utilização das técnicas mediativas, sobrelevou-se na necessidade de regulamentação deste meio alternativo, o que veio a ocorrer com a Proposta legislativa 4827/98 apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, por inspiração e elaboração da professora Ada Pellegrini Grinover, presentemente transitando nas casas congressuais, com a prevalência do texto substitutivo tirado da PLC 94/2002, oriundo do Senado Federal.

Em primeira motivação a antecedência do movimento pela institucionalização das pequenas causas, que abrangia valores inferiores à 20 salários mínimos, em verdade veio a receber denominação de justiça de bagatela, como forma de atender aos rogos do movimento do direito alternativo, iniciado no estado do Rio grande do Sul, com a rotulação de movimento pelo resgate do direito achado nas ruas.

A lei do juizado especial de pequenas causas (lei 7.244/84) tinha alcance menor do que a lei dos juizados especiais, muito embora tendo como fundamento o prestígio da conciliação, entretanto, padecia de competência de execução de seus próprios julgados, incompletude técnica que motivou a sua reformulação por uma legislação dotada de maior autonomia jurisdicional.

5 A CULTURA DO LITÍGIO

5.1 Explosão de litígios e seus efeitos na morosidade do judiciário

A cultura do litígio adveio da crença única e exclusiva de que o mito civilizador e principiológico da impossibilidade do autojusticiamento, impondo a todos o respeito e o dever de buscar no poder judiciário como fonte única para o acolhimento e solução de seu conflito.

Investido em tal credibilidade o indivíduo recorre ao judiciário para socorrê-lo em qualquer mazela, que ameace ou atinja o seu patrimônio jurídico.

Em assim ocorrendo, a consequência primacial é a explosão de litígios pois quanto mais se consagra o acesso a justiça, a resposta vem com maior número de usuários de serviços judiciários estatais, promovendo com tal avalanche de pretensões diversas, o assoberbamento das funções judiciárias, criando em detrimento

da proporcionalidade juiz/habitante; quantificação de feitos pelo número de julgadores; deficiência dos recursos humanos em atividades auxiliares e a própria desestruturação material-funcional, o que se consagrou como diagnóstico político social de morosidade da justiça.

Seguindo tal idéia, Watanabe (2007, p.7) expõe:

> O nosso atual sistema processual, na linha sempre seguida pelo nosso legislador, procura prestigiar, em vários dispositivos, os meios alternativos de solução de conflitos, como a **conciliação (arts. 125, IV, 331, 447 a 449, 599, do Código de Processo Civil) e arbitragem (lei de juizados especiais, anteriormente juizados de pequenas causas)**. E temos agora a lei especial de arbitragem (nº 9307/1996). Todavia, a mentalidade forjada nas academias e fortalecida na práxis forense é aquela já mencionada, de solução adjudicada autoritativamente pelo juiz, por meio de sentença, mentalidade essa agravada pela sobrecarga excessiva de serviços que têm os magistrados (os juízes da Capital do Estado de São Paulo recebem, anualmente cerca de 5.000 novos processos) Disso tudo nasceu a chamada **cultura da sentença**, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência a solução dos conflitos. Em razão dessa mentalidade, o art. 331 do Código de Processo Civil, que determina a designação de audiência preliminar para a tentativa de conciliação e para um contato pessoal entre as partes e seus advogados, e destes com o juiz, e em caso de insucesso na tentativa de conciliação, para a fixação oral pelo juiz, após ouvir as partes, dos pontos controvertidos da causa, é cumprido como mera formalidade por muitos magistrados. Poucos se aperceberam do real objetivo do legislador, que é o de indução de papel mais ativo do juiz na condução dos processos e para efetivo cumprimento do princípio da imediatidade, que é uma das bases do processo oral adotado pelo legislador processual.

Não diverge de tal entendimento Grinover (2007, p.2-3):

> Hoje, pode-se falar de uma "cultura da conciliação" que conheceu impulso crescente na sociedade pós-industrial, mas que tem, nos países em desenvolvimento, importantes desdobramentos, não apenas indicando, como foi salientado, a institucionalização de novas formas de participação na administração da justiça e de gestão racional dos interesses públicos e privados, mas também assumindo relevante papel promocional de conscientização política. Não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça. É sabido que ao extraordinário progresso científico do direito processual não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da justiça. A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do Direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a

> litigiosidade latente, em que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros"). Por outro lado, o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla das causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processos, formando uma verdadeira bola de neve. A crise da Justiça, representada principalmente por sua inacessibilidade, morosidade e custo, põe imediatamente em realce o primeiro fundamento das vias conciliativas: o fundamento funcional. Trata-se de buscar a racionalização na distribuição da Justiça, com a subsequente desobstrução dos tribunais, pela atribuição da solução de certas controvérsias a instrumentos institucionalizados que buscam a autocomposição. E trata-se ainda da recuperação de certas controvérsias, que permaneceriam sem solução na sociedade contemporânea, perante a inadequação da técnica processual para a solução de questões que envolvem, por exemplo, relações comunitárias ou de vizinhança, a tutela do consumidor, os acidentes de trânsito etc. Os Juizados Especiais ocupam-se dessas controvérsias, mas eles também estão sobrecarregados, por força da competência muito alargada que lhes atribuiu a lei.

Aragão, em palestra proferida na Escola Superior da Magistratura do Mato Grosso do Sul (ESMAGIS) no ano de 2000, fez proclamar o processo civil no limiar de um novo século, colocando que:

> O passo inicial para identificar a causa de algum mal é diagnosticar. No caso do processo, isso exige investigação estatística, que ao menos proporcione meios de pesquisar a origem das dificuldades enfrentadas por juízos e tribunais e a morosidade de seu funcionamento, que protela o desfecho dos processos.

Passos adiante, o autor arremata indicando causas responsáveis pela acumulação de feitos judiciais e formulando soluções:

> Para o aparelho judiciário funcionar bem e realizar os fins do processo é essencial uma boa política de recursos humanos, investir na seleção, formação e aprimoramento do pessoal. No passado, os quadros necessários eram menores, hoje são maiores mas sua qualidade baixou sob vários aspectos, no mais relevante deles porque a formação jurídica não acompanhou o avanço das atividades e das técnicas do mundo moderno. As relações comerciais, o mercado financeiro, a produção industrial, a informática, todos os ramos do saber e de atuação requerem conhecimentos especializados; cada vez mais são exigidos requintes de preparação, intelectual e prática. Também para solucionar conflitos os operadores do Direito – juízes à frente – devem estar capacitados, o que nem sempre acontece. Pelo contrário, nas demais atividades o período de cursos de pós-graduação antes do ingresso no mercado de trabalho; na Magistratura, no Ministério Público, basta o título de bacharel. Para o serventuário nem

> isso. O resultado é que juízes, promotores, advogados, jovens imaturos, mal preparados empregam instrumentos potentes e perigosos para intervir nas relações sociais, o que é muito arriscado. Medidas gravíssimas podem ser pleiteadas e obtidas liminarmente, causando a miúde mais mal do que bem. Contramedidas rápidas e eficazes são indispensáveis para submeter tais decisões a imediato controle de tribunais superiores. Para formar magistrados e promotores, aperfeiçoá-los durante a carreira, é necessário rever as atuais escolas a isso dedicadas, de modo a torná-las verdadeiros centros de estudo metódicos, com currículos e carga horária semelhantes aos da graduação e da pós-graduação, de sorte a desempenharem papel similar ao dos cursos universitários, incluída verificação de aproveitamento, com reprovação dos mal sucedidos (ARAGÃO, 2000, p. 15-17).

O Willian Douglas Resinente dos Santos, ex-conselheiro do Conselho Nacional da Justiça (CNJ) chama a atenção de todos os partícipes do drama judiciário, para necessária atuação em cooperação plena, para a necessária restauração do prestígio, da credibilidade e da eficácia jurídica e social das decisões emanadas do Estado-juiz. Santos (2004, p. 407-408):

> Cada operador jurídico pode ser um construtor de moinhos ou um cavador de buracos; se optar pelo moinho, terá prêmios, se preferir cavar trincheiras, em pouco tempo descobrirá o custo da opção pela falaciosa ilusão de segurança em tempos de mudança. Na verdade, a maior segurança é proporcionada pelo movimento em lugar da inércia. No cenário de exigências do novo milênio é mais estável quem está em movimento à procura de um ponto de equilíbrio em constante mutação. Os operadores jurídicos, contudo, por formação, tendem a ser conservadores e refratários a mudanças, em especial as mais profundas. Nossa própria formação intelectual é exageradamente voltada para a análise do passado e do que foi produzido pelo gênio de ontem. Sob certo sentido, o nosso estado da arte é muito mais uma lâmpada à popa do que a de vanguarda. Assim, a prospecção do futuro e a inovação, máxime a de largo espectro, podem ser consideradas como ameaças, ou, quando menos seara desagradável para maior parte de nós. Muito embora possa ser desagradável, é seara inevitável. Como já mencionado por alguém antes, cujo nome lamentavelmente não me recordo, fugir às alterações profundas do nosso Poder equivale ao homem que, informado da lâmpada elétrica, preocupa-se em desenvolver uma vela mais moderna. Somos, portanto, chamados a reestruturar o serviço público para que enfim produza os resultados esperados. Refiro-me, percebam, ao Poder Judiciário como apenas mais um braço do serviço público, apenas na espécie dentro do gênero. Os três Poderes, cada qual ao seu modo, representam diferentes lances de luz partidos de uma mesma chama. Pretender tratar o Judiciário com privilégios significa tentar perpetuar o antigo encastelamento cada vez menos possível e mais reprovável. Penso que a nossa grande virtude, enquanto Poder, será dar passos avante, deixando de cometer os pecados comuns a todos os Poderes, de modo a vestir Themis de uma aura de ética e produtividade que a torne cada vez mais respeitável, seja pelos demais Poderes, seja pela população.

A necessidade de obter do processo resultados mais céleres na revelação e satisfação do direito, influenciou vários juristas a propagarem um processo civil com

um mínimo de formalidades, sob a argumentação de que excluídas do padrão processual clássico, poderia o instrumento responsável pela jurisdicionalização da pretensão, alcançar patamares bem elevados na pronta satisfatividade do direito reclamado, refutando tal postura as possibilidades de morosidade na prestação jurisdicional.

Contudo, os que assim pensaram enganaram-se. O que não se pode admitir, é verdade, é o excesso de formalidades, estas, sim, transformam a atividade processual lenta e pouco produtiva, mas as formalidades ditas essenciais são impossíveis de serem excluídas do contexto processual, em face de sua axiologia representativa de garantia dos anteparos sustentativos dos direitos fundamentais insertos no texto constitucional, os quais o processo obrigatoriamente deve ratificar.

Esse entendimento encontra ressonância em Oliveira (1997, p. 218-219):

> Na determinação dos fundamentos do formalismo processual civil, consideram-se suas conexões internas e externas, extremando-se as vertentes políticas, culturais e axiológicas condicionantes da estruturação e organização do processo. Depreendeu-se, então, que a colocação de limites ao Poder do Estado, com o reconhecimento dos direitos fundamentais do cidadão e a noção e concretização prática da distribuição do poder estatal entre diversos órgãos, determinam diversas consequências ao ângulo da formalização processual. Dentre essas, foram enumeradas: a organização de competências, o ordenamento hierárquico dos órgãos judiciais, a estrita regulação formal dos recursos e a necessidade de um procedimento justo e adequado, assim como o próprio acesso à jurisdição. Com a mesma finalidade, estabeleceu-se a importância das vertentes axiológicas para o formalismo processual civil. O resultado dessa análise evidencia a relevância dos valores a seguir alinhados: Valor Justiça – intrincado com a finalidade jurídica do processo; Valor Segurança; Valor de paz social, relacionado com a eficiência da administração da Justiça e articulado com o esquema-base da economia processual e o chamado princípio de adaptação; Valor da efetividade do processo.

5.2 Da necessária cooperação entre os poderes do Estado

Desde que firmado o grande "pacto social", do conclamado enciclopedista Rosseau, legando ao mundo um verdadeiro tratado de ciência política, estabeleceu-se que em troca da submissão do cidadão ao ente político gerado e consubstanciado nas inquietações da classe burguesa francesa em face da realeza, seria retribuído um mínimo de garantia existencial fincado em assecuratórios do pleno emprego, alimentação, habitação, saúde, segurança e justiça, afirmação recorrente em todos os Tratados e Manuais de Ciência Política.

Em decorrência desta soberania, fez-se tripartido o poder, estabelecendo-se sem perda da unidade política e harmonia co-respectivas, funções distintas e essenciais, como a de governar, legislar e julgar.

Os anseios do povo em relação ao tríduo do poder, matizavam-se do desejo de probidade do administrador, legislador ou julgador, todos conscientes e imbuídos na

realização do bem comum.

Privilegiava-se nas idéias e pensamentos populares a predominância dos interesses comuns, coletivos, em detrimento de interesses reservados de classes ou corporações.

Ao elaborador das leis a exigência que estes seguissem motivação e inspiração dos interesses mais elevados da sociedade, e ao governante o executor das leis, o máximo de esforços em fazê-las cumprir, bem como elaborando planos de políticas públicas, em perfeita harmonia com os anseios do povo.

Surge,então, um questionamento: e a função de julgar?

Esta se exigiria integridade moral de seu corpo de julgadores, conhecimento (cultura) independência e presteza nos seus misteres de aplicadores da lei, além da necessária sensibilidade em auscultar os fatos sociais.

Ora, em qualquer visão analítica os indicativos críticos apontam pela necessidade de bom funcionamento das três funções estatais, que com independência e harmonia promoveriam os seus encargos específicos e produziriam o desejado e compartilhável bem social.

Em radiografia real do estágio social e político brasileiro, qualquer leitura ensejará a decifração simples do comprometido funcionamento das funções estatais, pois comprovada uma coação lenta e deficitária do poder legislativo, uma acidentada gestão do poder executivo, e os constantes apelos reformadores de um Poder Judiciário moroso.

Em razão da destinação funcional de solucionador de litígios, como operador aplicador do preceito legal (norma), com consequências concretas e direcionadas, torna-se fácil a imputação ao judiciário de grande agente responsável ou irresponsável diante do quadro das enfermidades sociais.

Nesse sentido, apregoa Mitidiero (2009, p. 81-82):

> Dentro do processo civil contemporâneo, informado pelo formalismo-valorativo, o ativismo judicial aparece como algo irreversível, sendo está posição mais diretiva e engajada do Estado-juiz um componente essencial do modelo cooperativo de processo. Ao adjudicar-se iniciativa oficial ao magistrado no terreno probatório, além de superar-se uma visão individualista e privatista de processo, própria da cultura jurídica francesa do século XIX, prestigia-se ao máximo a igualdade efetiva entre as partes. A comunhão de trabalho resta evidenciada com a iniciativa oficial em tema de prova na medida em que o seu resultado deve ser, necessariamente, submetido ao crivo das partes possibilitando-lhes influir sobre o valor probante a ser outorgado pelo magistrado. Não há falar, ademais, em quebra da imparcialidade e da independência judiciais por obra da possibilidade de instrução por iniciativa oficial, como ambiente social do modelo isonômico chegava a sugerir, porquanto imparcialidade e neutralidade são conceitos que não se confundem. Juiz ativo é o contrário de juiz neutro; um e outro, todavia, podem ser imparciais. A valoração da prova no processo cooperativo, de postremeiro, não se liga, de regra, a vínculos legais apriorísticos, sendo nesse sentido considerada livre. Todo juízo de valor sobre a prova, contudo, tem de ser absolutamente motivado. É, aliás, como consta no art. 131 do nosso Código de Processo Civil, e como exige a doutrina italiana ao

> interpretar o art. 116 do *Códice di Procedura Civile*. A organização da causa opera em duplo sentido: retrospectivamente, apanha tudo que possa atrasar ou impedir a resolução do mérito da causa, pré-excluindo eventuais vícios nos atos processuais ou propiciando desde logo a extinção do processo sem a resolução de mérito; prospectivamente, providencia para que a instrução da causa tenha um endereço certo, cientes as pessoas do juízo da repartição do encargo probatório e das provas a serem produzidas. A organização do processo, portanto, é tanto de ordem retrospectiva como prospectiva. Nessa quadra, a organização retrospectiva do material do processo pressupõe uma teoria das invalidades processuais acorde à feição do processo civil cooperativo, além de impor o dever jurisdicional de abreviar a tramitação do processo quando esse não tiver condições de alcançar o seu término normal, proferindo-se julgamento conforme o estado do processo (extinguindo-o, conforme art. 329, CPC). Na dimensão prospectiva, requer aquilatação do tema da prova, a análise das funções acometidas à regra do ônus da prova no processo contemporâneo e um juízo acerca da admissibilidade das provas a serem produzidas.

Desta sorte é de ser por impositiva a cooperação entre todos os poderes do Estado, como forma de salvaguarda e realização plena das funções políticas, sociais e jurídicas, que são cometidas constitucionalmente ao ente estatal.

5.3 A solução da tutela de massa (o processo coletivo)

Dentre de todos os meios possíveis de solucionamento da morosidade do judiciário, conjugando celeridade e efetividade, encontra-se a ação coletiva, como instrumento de tutela coletiva dos direitos, recepcionada em nossa doutrina e jurisprudência, como instrumento de tutela e coletiva dos direitos difusos em uma visão inspiradora do direito comparado, absorvida da *class action* americana.

> A existência de uma técnica jurisdicional para a tutela coletiva dos direitos de grupo pode servir à realização de inúmeros objetivos, que podem ser sintetizados em três grandes grupos, Em linhas gerais, pode-se dizer que as *class actions* visam promover a economia processual, o acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material. Inúmeros outros objetivos podem ser atribuídos às ações coletivas, como, por exemplo, a eliminação do risco de decisões contraditórias, que prejudiquem terceiros ou que condenem a parte contrária a realizar obrigações conflitantes. Todavia, tais objetivos podem ser considerados secundários, em face dos objetivos elencados acima (GIDI, 2007, p.25).

Exige-se para sua propositura uma legitimação especial, atendendo ainda as seguintes condições indispensáveis a sua admissibilidade: a) que o grupo titular do direito violado seja tão numeroso que o litisconsórcio de todos os seus membros em uma única ação seja impraticável; b) exista uma questão comum, de fato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme; c) o representante tenha as mesmas pretensões dos demais membros do grupo, sendo um representante típico dos interesses do grupo; d) que o autor represente adequadamente os interesses

dos demais membros do grupo.

Estes requisitos são obrigatórios, ou seja, de presença coligada indispensável em todas as pretensões, e a ausência de qualquer um deles, importará na não tipificação como ação coletiva.

A previsão normativa dos elementos ora enunciados tem retrato na Federal Equity Rule 38, de 1934, recepcionados na Federal Rule of civil procedure 23, de 1938, e nas alterações codificadas no Federal Rule Civil procedure de 1966.

No rol legitimário para propositura consta o próprio Estado (Parens Patriae Doctrine), literalmente teoria do pai da pátria, através da qual o Estado tem o dever de zelar pelo bem estar de seus cidadãos em questões de interesse social, como saúde, economia e bem estar do povo. Sua interpretação contemporânea da legitimidade ao ente público estatal para propor ações judiciais em tutela de tais direitos, e o das Associações Civis, com admissibilidade restritiva na proposição, exceto se integrante do conglomerado de autores.

A representação adequada é exigível no exame de admissibilidade, bem como a vigorosa tutela pelo advogado, que repele a possibilidade de conluio ou de má representação dos interesses coletivos tutelados.

Não sendo típico de nossa cultura jurídica, ao revés do direito americano, as ações coletivas ainda não se firmaram na aceitação pública, muito embora encontre-se elaborado o anteprojeto de lei do código brasileiro de processos coletivos, em fase final de encaminhamento, desde janeiro de 2007, assentado em princípios que consagram desde o acesso à justiça e à ordem jurídica justa, até a constante aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade (v. art. 2º do anteprojeto).

Em rápido exame as dessemelhanças fundam-se na razão do sistema americano bem aproximar-se do *common law*, daí a comprovação de que alguns dos institutos processuais integrantes da ação coletiva americana, não têm correspondência no sistema *civil Law* dos países ocidentais, consequentemente também o ordenamento jurídico brasileiro.

Em conforto de tal entendimento a impossibilidade do juiz brasileiro proceder a avaliação do critério da adequação, ou seja, exercer o controle judicial da adequação, é o que noticia (GIDI pag. 129.)

A última versão do anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivos (jan. 2007), iniciativa legislativa já referenciada, em seu art. 20 consagra um elastério considerável tomando-se por base a ação civil pública, e aquelas reguladas pelo código de defesa do consumidor concernente a legitimação para ação coletiva ativa, como abaixo se demonstra:

> Art. 20. Legitimação – São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: I – qualquer pessoa física, para defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos; c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado; II – o membro do grupo categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo; III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou

> direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social; IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes; V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos; VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código; VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria; VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais; IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

De *lege ferenda* a *class action* brasileira projetada em nossa realidade e preservando os indicativos de nosso sistema jurídico, estenderá ao aspecto legitimação maior abrangência do que a sua similar americana, aumentando a crença em sua eficácia ampla na solução dos conflitos e litígios coletivos e difusos instaurados.

5.4 Mediação e conciliação comunitária

Uma das experiências mais alentadoras na política de implantação dos meios alternativos de solução dos litígios, tem sido a criação de núcleos de mediação e conciliação, instalados em comunidades sob forma de casas de mediação, com a formação de mediadores comunitários, não vinculados a nenhum organismo estatal, portanto não institucionalizado motivando a formação de agentes mediadores da própria comunidade, propiciando que os conflitos do grupo, possam ser mediados e sanados dentro do próprio habitat e por intermediação de pessoas de idêntica condição social, cultural e comungante dos mesmos valores.

A notícia do êxito de tais movimentos é trazida pela professora Sales (apud MIRANDA, 2005, p.10), num guia prático para mediadores, fazendo noticiar que:

> A experiência da mediação no Brasil tem um fator diferencial, de ter sido utilizada inicialmente na prevenção e solução de conflitos nos bairros periféricos, onde as pessoas passaram a resolver seus próprios conflitos conscientizando-se dos seus direitos e assim participando mais da vida na sociedade. A exemplo disso, pode-se relatar a existência do Plano Nacional de Direitos Humanos II (PNDH II), implementado

> no ano de 2002, no qual o governo federal reconhece a importância dos direitos econômicos, sociais e culturais, ressalta a garantia dos direitos civis, particularmente dos direitos à vida, à integridade física e à justiça. E no que tange o direito à justiça mais especificamente, o Ministério da Justiça assinou um convênio com a ONG Viva Rio para a criação de "Balcões de Direito" para a prestação de serviços gratuitos de assessoria jurídica, auxílio na obtenção de documentos básicos e mediação de conflitos para populações de comunidades carentes. Contudo, não se pode deixar de salientar que a mediação sedimentada no Brasil encontra-se subdividida em três tipos: a comunitária (caracterizada pelo atendimento gratuito e trabalho voluntário dos mediadores), a institucional (realizada por pessoas jurídicas de direito privado que podem cobrar pelos serviços) e a independente (realizada por particulares especializados na prática da mediação).

5.5 Mediação e conciliação como formas de prestação jurisdicional

Equivoca-se quem insiste em entender como única forma de manifestação jurisdicional, aquela advinda de uma resposta provocativa pela via da tutela sentencial, prolatada por autoridade regularmente investida no múnus de julgar.

Atente-se que o Estado-juiz não tem como escopo exclusivo o de atuação do direito objetivo, onera-lhe escopos sociais e políticos, em que a pacificação e a participação decorrem de suas responsabilidades dentre elas a manutenção da paz e da harmonia social.

Ao admitir a criação da arbitragem (lei 9.307/96), ensejou-se a interpretação de que a jurisdição não mais seria monopólio do Estado-juiz ao facultar a norma constitucional a possibilidade eletiva pelas partes de um cidadão comum para dirimência do conflito, e de dotar a sua manifestação final meritória com as cores da *res judicata*. Estabelecia-se desta forma a possibilidade de uma interpretação extensiva da jurisdição, com a representação de um poder-dever do Estado, delegável não só aos julgadores togados, como também aqueles que por opção dos indivíduos assumisse a função de julgar, dotando seus pronunciamentos finais de forma e respeito *erga omnes*.

Como já foi dito acima, nesse trabalho não se busca fazer uma análise profunda sobre os meios alternativos de solução de litígios, porém para um entendimento aprazível de como tais meios funcionam na obtenção da paz social se faz necessário conceituar e distinguir mediação, conciliação e arbitragem. Todas as três são formas heterônomas de resolução de conflitos, pois há presença de um terceiro, que no caso da conciliação este denominado "conciliador" intervém no diálogo entre as partes sugerindo e apresentando propostas para o saneamento da lide. Na mediação o terceiro denominado "mediador" não intervém da mesma forma que o conciliador, cabendo a ele apenas facilitar a comunicação interpartes, cabendo aos litigantes chegarem à sua própria composição.

Na arbitragem é eleito por concordância recíproca um árbitro, este impõe sua decisão sobre as partes, que deverão submeter-se a esta, sem reclames. A arbitragem é procedimento formal, diferentemente da conciliação e da mediação, e a escolha pelo

seu uso impede que as partes recorram ao Poder Judiciário, gerando um efeito negativo.

A sensibilidade dos pensadores sociais é perceptiva das fórmulas compositivas, como verdadeira atividade de pacificação social parajurisdicional:

> Aqui, é importante destacar dois pontos. Primeiro a experiência estrangeira demonstra a relevância desses meios como facilitadores do acesso à justiça, como procedimentos céleres e como importantes instrumentos de desobstrução dos tribunais, vez que resolvem conflitos sem que estes necessitem de uma decisão de juiz togado. Em seguida é imprescindível salientar que os meios consensuais de resolução de controvérsias não existem para substituir o Poder Judiciário nem para com este concorrer. A Constituição Federal garante como direito fundamental que qualquer lesão ou grave ameaça de a direito será apreciada pelo Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Ocorre que existem direitos, como os disponíveis, ou seja, aqueles passíveis de transação, que quando objetos de conflitos podem ser solucionados pelo meio consensual mais adequado, se esta for a vontade das partes. Os meios amigáveis estimulam a participação efetiva das partes na solução do conflito, criando um sentimento de responsabilidade e cumprimento do acordo, já que foram elas que discutiram e decidiram. Os meios consensuais facilitam assim o diálogo entre as pessoas e criam um sentido de cooperação, possibilitando acordos adequados à realidade de cada um. Consoante os ensinamentos de Dora Fried Schnitman. (...) as metodologias para a resolução alternativa de conflitos facilitam a definição e administração responsável – por indivíduos , organizações e comunidades – dos próprios conflitos, e o caminho para as soluções. A mediação e outras metodologias podem facilitar o diálogo e prover destrezas para a resolução de situações conflitivas. No curso do processo resultante, os sujeitos comprometidos têm a possibilidade de adquirir as habilidades necessárias para resolver por si mesmos as diferenças que podem, eventualmente, ser suscitadas no futuro com seus pares, familiares e colaboradores em sua comunidade. Os meios alternativos de solução de conflitos estão sendo cada vez mais procurados e utilizados, seja pela informalidade, rapidez ou sigilo que oferecem. Nas palavras de Pádua Ribeiro, esses institutos se inserem num contexto mais amplo de realização plena da justiça. A negociação, a conciliação, a mediação e arbitragem apresentam-se assim como mecanismos de solução alternativos de conflitos, possuindo cada um características próprias que os distinguem dos demais e os adequam a diferentes tipos de conflitos (SALES; ALENCAR, 2004, p. 19).

O interesse de fundo do Estado é a obtenção da pacificação, é a saudabilidade do tecido social e a estabilidade da ordem pública. Conciliar e mediar são instrumentos que visam o mesmo escopo, com uma vantagem, a substituição da autoridade da sentença do Estado-juiz que é imposta e não aceita espontaneamente, por uma decisão advinda do consenso das pessoas, que celebram entre si uma forma satisfativa de seus conflitos, propiciando uma saudável profilaxia dos litígios.

CONCLUSÃO

Cuidou o presente trabalho monográfico na abordagem da questão da finalidade social do processo, em visão retrospectiva e prospectiva, discorrendo desde

a formação primeva dos agrupamentos humanos, analisando, em seguida, a eficiência relativa da instrumentalidade do processo como forma e formula civilizada da solução de litígios.

Foi retratada a questão da não integralidade da "cobertura" da decisão judicial com pertinência ao conflito originador do litígio, fenômeno responsável pela litigiosidade contida, como proclamado por Watanabe.

As residualidades conflituosas gravitam sobre o litígio aparentemente solucionado pela decisão judicial, formando ondas de resistência ao próprio cumprimento da ordem emanada do poder institucionalizado, gerando em consequência novos conflitos com o poder multiplicador dos litígios.

A sacralização da sentença judicial como sinal de presença do Estado, e da cura dos litígios e dos males sociais estigmatizam a civilização ocidental na fé e crença de que somente a composição da alquimia do direito declarado por órgão do Estado-juiz, teriam o condão de compor o litígio e curar o conflito.

A avalanche das demandas, fruto das insatisfações materiais e sociais, inviabilizam o bom funcionamento da máquina judiciária, que deixou de atender em tempo certo as pretensões deduzidas, ultrapassando um tempo de razoabilidade da duração do processo, e evidenciando os sintomas de um mal tornado público como morosidade do judiciário.

As consequências do fazer (ou não fazer) moroso, faz realçar sobressair a própria ineficiência do Estado, guardião e aplicador dos direitos fundamentais, e que também se descuida de ser o garantidor institucionalizado da paz e da harmonia social.

Em contraponto, muito embora no contexto grifa-se a importância da norma jurídica, como instrumento pedagógico de orientação no que alude a conduta prescrita, reservando-se a coação como faculdade da parte lesada em fazer restaurar ou preservar o direito da parte prejudicada, via sanção organizada de competência executiva do ente estatal.

Entende-se que o ato de não cumprimento espontâneo do preceito valorativo de conduta ínsito na norma, conforma como de pulsão social de índole patológica, e só então merecedor de reparação ou retificação pela via decisória em tramite jurisdicional.

Propiciou-se uma efetiva reflexão sobre atividade jurisdicional e a necessária cooperação entre todos os poderes políticos, aviventando perfis diagnosticadores das deficiências e uma proposta estrutural, de base da racionalização, atendendo em momento inicial uma reformulação do próprio arcabouço da instituição, sobressaindo a necessidade de uma melhor formação de seus agentes funcionais e do próprio quadro de magistrados.

Perante tal quadro, surge como meio atenuador da reserva litigiosa, e do afã do acesso à justiça, os meios alternativos para solução dos litígios em figura profilática, partindo-se desde a experiência americana e inglesa, para uma concepção brasileira de conciliação e mediação, gravando-se na primeira hipótese o trato legislativo de sua inserção no sistema endoprocessual (interno) e nas várias formas periprocessuais (externas) inclusive abrangendo a mediação e conciliação comunitária, estas tidas como formas de prestação jurisdicional, em defluência do próprio pacto social gerador do ente

estatal, que também guarda profunda vinculação com os escopos políticos e sociais, que lhe embasam e lhe dão sustentação.

Foi evidenciado que as normas jurídicas que por si só representam uma fase evolutiva dos meios sociais referenciados na criação do ente político (Estado), são constituídas de um juízo disjuntivo,ou seja, é aparelhada de um fato presuntivo (dado um fato temporal) haverá de corresponder a uma obrigação, obrigação esta que se não cumprida atrairá a outra face da norma, que é a possibilidade do sancionamento por responsabilização do transgressor, isto já correspondendo a uma faculdade de agir que se insere na norma mas não lhe torna caracteristicamente imperativa.

Diante de tal esboço, conclui-se que o verdadeiro conteúdo da norma tem caráter educativo, pedagógico e volta-se para uma subjetividade do indivíduo, o reverso punitivo se submete à vontade individual daquele que se sentiu lesionado, daí a necessidade estimulante do cumprimento espontâneo da norma jurídica.

Pela fragilização da máquina estatal judiciária diante de tantos descumprimentos das normas jurídicas e das provocações reclamatórias, diagnostica-se a comprovação da ineficiência dos meios instrumentais clássicos (ação, processo e sentença), que foi marcante em várias civilizações da preservação da cultura do litígio, bem como de seus resíduos após decisão formalmente proferida, gerando o fenômeno da litigiosidade contida e desacreditando o Poder Judiciário como pacificador dos conflitos sociais.

O surgimento dos meios alternativos de resolução de litígios veio em decorrência de tal clamor, e consolidam-se hoje como um meio de saída para o esgotamento de toda essa onda de insatisfações, responsáveis pela falta de estabilidade das instituições político-sociais.

REFERÊNCIAS

ASCENÇÃO, José de Oliveira. **O Direito – Introdução e Teoria Geral**. Rio de Janeiro: Fundação Calouste Gulbenkain, 1978.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores, 1966.

BIDART, Adolfo Gelsi. **Curso sobre El Codigo General del Proceso**. Montividéo: Fundacion Cultural Universitária, 1999.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Direito e Democracia**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

COUTURE, Eduardo Juan. **El Arte del Derecho y otras meditaciones**. Montividéo: Fundacion Cultural Universitária, 1999.

CUNHA, Paulo Ferreira da; DIP, Ricardo. **Propedêutica Jurídica:** Uma Perspectiva Jusnaturalista. Campinas: Millennium, 2001.

DINIZ, Maria Helena**. Conceito de norma jurídica como problema de essência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

_____. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998.

FERREIRA, Luiz Pinto. **Dicionário de Sociologia**. São Paulo: José Bushatsky, 1977.

FULLER, Lon L. **O Caso dos Exploradores de Cavernas**. Tradução de Ivo de Paula, LL. M. . São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2003.
GIDI, Antonio. **A Class Action Como Instrumento de Tutela Coletiva dos Direitos:** As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
GORCZEVSKI, Clovis. **Formas Alternativas para a Resolução de Conflitos:** A Arbitragem no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo:** Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.
MIRANDA, Ana Karine Pessoa Cavalcante. A Mediação de Conflitos como Instrumento de Acesso à Justiça, Inclusão Social e Pacificação Social. *In* SALES, Lilia Maia de Morais (org.) **A Cidadania em Debate:** A Mediação de Conflitos. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.
MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no Processo Civil:** Pressupostos sociais, lógicos e éticos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
NEVES; Gustavo Kloh Muller. As Formas Alternativas de Resolução de Conflitos e o Direito de Família. *In* SOARES, Fábio Costa (org.) **Acesso à Justiça:** segunda série. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. **Do Formalismo no Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 1997.
REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 1983.
ROMANO, Santi. **El Ordenamiento Juridico**. Tradução de Sebástian Martin Retortillo e Lorenzo Martin Retortillo. Madrid: Instituto de Estudios Politicos, 1963.
ROSE, Critianne Fonticielha de. O Conceito de Jurisdição. *In* OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (org.) **Elementos para uma nova teoria geral do processo**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997.
ROSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Antônio de P. Machado. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, 1971.
SALES, Lilia Maia de Morais. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
_____. **Mediare:** Um Guia Prático para Mediadores. 2.ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2004.
SALES, Lilia Maia de Morais; Alencar, Emanuela Cardoso Onofre de. Meios Alternativos de Solução de Conflitos. *In* SALES, Lilia Maia de Morais; ANDRADE, Denise Almeida de. (orgs.) **Mediação em perspectiva:** Orientações para Mediadores Comunitários. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.
SANTOS, William Douglas Resinente dos Santos. Acesso à Justiça. Algumas Anotações sobre Juizados Especiais Federais e Administração do Poder Judiciário. *In* SOARES, Fábio Costa (org.) **Acesso à Justiça:** segunda série. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.
SICHES, Recásens. **Tratado de sociologia**. Tradução de João Baptista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1968.
TELLES JUNIOR, Goffredo. **A Folha Dobrada:** Lembranças de um Estudante. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.
VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria geral da norma jurídica**. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
VELLOSO, Adolfo Alvarado. **Introducion al Estudio del Derecho Procesal**. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 1997.
WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. *In* GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo:** Revolução na Prestação Jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.
_____. **Da cognição do processo civil**. 3.ed. São Paulo: DPJ, 2005.

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 2007.0000.2745-4/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTES: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA. E VALÉRIA MARIA HOLANDA DE ANDRADE, SUCESSORA DE SARA DE ANDRADE BACHÁ.
APELADOS: AS MESMAS PARTES.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E CONSUMIDOR. PLANO DE SAÚDE. RECUSA EM FORNECER TRATAMENTO QUIMIOTERÁPICO, A PRETEXTO DE EXCLUSÃO CONTRATUAL. TRATAMENTO DOMICILIAR. DANO MORAL CONFIGURADO.

1. A negativa de fornecimento de quimioterápico prescrevido por médico especialista, sob a escusa de ser o tratamento domiciliar, é de ser censurada pelo Judiciário, ante a ausência de prova dessa alegação e em face de ser explícita a cobertura contratual para quimioterapia, não importando, pois, que o tratamento seja feito à base de medicamento quimioterápico via oral.
2. Consoante precedentes jurisprudenciais do STJ, os planos de saúde podem estabelecer quais doenças serão cobertas, não limitar a espécie de tratamento a ser seguida pelo paciente, mormente ante a constatação de urgência, como na hipótese, a colocar em risco a vida da autora, que veio a óbito.
3. Danos morais comprovados, mercê da ilegalidade da conduta perpetrada pela operadora do serviço de assistência médico-hospitalar. Sentença confirmada.
4. Apelos conhecidos, mas desprovidos.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por uma de suas Turmas, a unanimidade, em conhecer das apelações, para denegar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de maio de 2009.

RELATÓRIO

Sara de Andrade Bachá ajuizou, em 02.01.2007, ação de obrigação de fazer, com pedido de antecipação de tutela, e indenização por danos morais contra Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., perante o Juízo da

19ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, narrando, em síntese, às fls. 03-11, (a) ser beneficiária do plano de assistência médica "multiplan", administrado pela promovida, e haver descoberto, em maio de 2006, estar acometida por câncer, tendo sido submetida, pois, a diversas cirurgias e tratamentos a fim de combater a citada moléstia; (b) que a Unimed de Fortaleza, no entanto, a despeito da requisição médica e das reiteradas tentativas administrativas por parte de familiares, recusou-se a fornecer o tratamento quimioterápico à peticionária, descumprindo as cláusulas 3.2 "b", V, 5.2 "d" e "g", entre outras, sendo impossível à autora custear as despesas com tal tratamento; (c) que a Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) ser aplicada ao caso, pois se trata de contrato de adesão, em que impossível à parte contratante alterar qualquer cláusula contratual; (d) ser cabível dano moral em vista da negativa de prestação da assistência médico-hospitalar para a consecução do tratamento preceituado.

A autora requereu a antecipação de tutela, a fim de lograr o tratamento quimioterápico, sob pena de multa diária de dez mil reais, além da condenação da promovida ao pagamento de indenização no montante de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), a título de danos morais, considerados em dobro se levada a óbito a autora, bem como o ressarcimento de eventuais danos materiais perpetrados no curso do processo.

Anexos à vestibular os documentos de fls. 12-34.

Gratuidade judiciária deferida à fl. 37, em que também apreciado o requerimento de antecipação de tutela, ordenando à Unimed de Fortaleza o custeio do tratamento clinicamente recomendado à autora.

Em contestação, às fls. 44-61, a ora apelante assere não se ter negado a fornecer o tratamento quimioterápico à requerente, mas que esta requer, na verdade, o medicamento denominado "Temodal", de uso domiciliar, não abrangido, portanto, pela cobertura contratual (cláusula VII, 7.21.), que está em consonância com o art. 10, inc. VI, da Lei nº 9.656/1998 (Lei dos Planos e Seguros de Saúde), razão pela qual estaria desobrigada de fornecê-lo à então paciente, sendo indevidos igualmente, pois, danos morais, porquanto a recorrente estaria no "exercício regular de um direito reconhecido" (art. 188, CC) e danos materiais. Aduz não haver *fumus boni iuris* nem *periculum in mora* para a antecipação de tutela.

Réplica às fls. 77-81, informa do óbito da autora. Às fls. 89-90, tem-se requerimento para a substituição do polo ativo da demanda pela genitora da falecida promovente, Sra. Valéria Maria Holanda de Andrade, e escritura de inventário e partilha do espólio de Sara de Andrade Bachá.

Sentença, às fl. 94-99, julgou procedente o pedido autoral e condenou a promovida ao pagamento de cem mil reais, concernente a danos morais, com determinação à promovida de abster-se "de cobrar quaisquer valores referentes ao custeio do serviço de saúde, inclusive medicamentos utilizados, cujo custo se encontra incluso no contrato de prestação de serviços mantidos pela promovida e *de cujos*", além da condenação em honorários advocatícios e custas processuais.

Apelação da parte autora (fls. 101-108), em que requer o aumento do valor

da indenização por danos morais.

Apelação da parte ré (fls. 110-125), em que argumenta a não existência de ato ilícito, uma vez que forneceu o tratamento quimioterápico à promovente, não havendo motivo para a condenação em danos morais nem materiais. Pugna, ademais, pela diminuição do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões ao apelo da ré às fls. 134-145.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Conheço dos apelos, preenchidos os requisitos de admissibilidade.

Compulsando os autos, observo, a partir da documentação juntada pela autora à inicial, ter sido ela, quando em vida, beneficiária do plano de saúde "multiplan", administrado por Unimed de Fortaleza. Constato, igualmente, à fl. 31, relatório médico, no qual consta:

> Paciente Sara de Andrade Bachá, 23 anos, é portadora de sarcoma do estoma endometrial indiferenciado, CID C49, metastático para fígado e peritônio. **Foi submetida a duas linhas de quimioterapia**, **havendo progressão da doença**, após boa resposta inicial.
> No momento, apresenta progressão de doença em fígado, o que determina disfunção deste órgão, inclusive de evolução rápida.
> **A paciente necessita**, portanto, **fazer uso da droga Temozolamida (Temodal®) 75mg/m² por 6 semanas e intervalo de 2 semanas** (dose total calculada segundo área corporal da paciente de 1,6 = 120 mg/dia), visto ser essa droga ativa no tratamento desta doença, além de não necessitar de metabolização hepática, o que poderia comprometer sua eficácia no caso em questão.
> Temodal® **é um quimioterápico** oral com metabolização plasmática e é a medicação indicada para esta paciente neste momento. (Grifamos).

Verifico existir, à fl. 32, "Solicitação de Autorização para Prescrição de Medicamentos Oncológicos", em que prescrevido o medicamento acima mencionado, sob a justificativa de uma "terceira linha" quimioterápica, já que nas duas primeiras houve "progressão da doença".

Em contrapartida, argumenta a apelante, ratificando "integralmente os termos da contestação", não ser *propriamente quimioterápico* o medicamento em apreço, razão pela qual não estava obrigada a fornecê-lo.

Versa a presente lide, pois, sobre a licitude ou não da negativa de fornecimento, por parte da Unimed de Fortaleza, do medicamento "Temodal" à autora, como parte do tratamento para a cura da moléstia que findou por tolher-lhe tão prematuramente a vida.

O inc. VI do art. 10 da L. nº 9.656/1998 estabelece:

> Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermaria, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, **exceto**:
> […]
> VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar;

Com efeito, os autos carecem de prova quanto ao fato de o medicamento prescrevido ser para uso em âmbito domiciliar, razão de a ré apelante sustentar a exclusão de custeio com respaldo no art. 10, VI, da Lei dos Planos e Seguros de Saúde (L. nº 9.656/1998), bem como na cláusula VII, 7.21.[1] do contrato de adesão.

A despeito disso, o plano de saúde contratado prevê cobertura para quimioterapia (fl. 20), sem limite (fl. 17).

No relatório médico de fl. 31 consta que o remédio "Temodal" é um "quimioterápico". O termo é referente, consoante anota o *Dicionário Aurélio* eletrônico, a quimioterapia e também a substância química com poder terapêutico. O termo é usado especialmente para designar substância química que combate infecção atacando o agente causador dela sem lesar, ou lesando o mínimo possível, o paciente.

Ora, a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o "plano de saúde pode estabelecer quais doenças estão sendo cobertas, mas não que tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Se a patologia está coberta, no caso, o câncer, é inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de ser esta uma das alternativas possíveis para a cura da doença" (cf. STJ, REsp nº 668.216/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 3ª T., j. 15/03/2007, *DJ* 02/04/2007, p. 265, *RDR* vol. 38 p. 291, *RNDJ* vol. 91 p. 85).

Por conseguinte, não importa que o tratamento quimioterápico em questão seja ou não feito à base de medicamento via oral, uma vez preveja o contrato cobertura para quimioterapia, como *in casu*. Abusiva, portanto, é a cláusula limitadora e obstativa da opção terapêutica recomendada pelo médico especialista.

A esse propósito, veja-se excerto do voto proferido no REsp nº 668.216/SP, sob a relatoria do Min. Carlos Alberto Menezes Direito:

> [...] Todavia, entendo que deve haver uma distinção entre a patologia

[1] "Cláusula VII — Condições não cobertas pelo contrato
Ficam excluídos da cobertura assistencial prevista neste contrato:
[…]
7.21. Vacinas ou medicamentos, **salvo nos casos de internação**;"

> alcançada e a terapia. Não me parece razoável que se exclua determinada opção terapêutica se a doença está agasalhada no contrato. Isso quer dizer que se o plano está destinado a cobrir despesas relativas ao tratamento, o que o contrato pode dispor é sobre as patologias cobertas, não sobre o tipo de tratamento para cada patologia alcançada pelo contrato. Na verdade, se não fosse assim, estar-se-ia autorizando que a empresa se substituísse aos médicos na escolha da terapia adequada de acordo com o plano de cobertura do paciente. E isso, pelo menos na minha avaliação, é incongruente com o sistema de assistência à saúde, porquanto quem é senhor do tratamento é o especialista, ou seja, o médico que não pode ser impedido de escolher a alternativa que melhor convém à cura do paciente. Além de representar severo risco para a vida do consumidor. [...] Isso quer dizer que o plano de saúde pode estabelecer que doenças estão sendo cobertas, mas não que o tipo de tratamento está alcançado para a respectiva cura. Assim, por exemplo, se está coberta a cirurgia cardíaca, não é possível vedar a utilização de *stent*, ou, ainda, se está coberta a cirurgia de próstata, não é possível impedir a utilização de esfíncter artificial para controle da micção. **O mesmo se diga com relação ao câncer. Se a patologia está coberta, parece-me inviável vedar a quimioterapia pelo simples fato de que a quimioterapia é uma das alternativas possíveis para a cura da doença**. Nesse sentido, parece-me que a abusividade da cláusula reside exatamente nesse preciso aspecto, qual seja, não pode o paciente, consumidor do plano de saúde, ser impedido de receber tratamento com o método mais moderno do momento em que instalada a doença coberta em razão de cláusula limitativa. É preciso ficar bem claro que o médico, e não o plano de saúde, é responsável pela orientação terapêutica. Entender de modo diverso põe em risco a vida do consumidor. (*DJU* 02.04.2007, p. 265) (grifamos).

No que concerne aos danos morais, é flagrante que a atitude da empresa foi ilícita ao negar-se a custear o tratamento recomendado à paciente, e que tal ato implicou, seguramente, perturbações de toda ordem, inclusive psíquicas, à autora, que poderia, com a ministração do quimioterápico, não ter ido a óbito. O malsinado evento, certamente, também abalou seus genitores, tendo em vista a perda súbita de uma jovem de apenas vinte e três anos.

O dano moral, *in casu*, independe de prova, é puro, incontestes o ato ilícito, o nexo de causalidade e o fato danoso perpetrado à autora, cuja vida foi colocada em risco pela demandada, a quem competia dar cumprimento ao contrato e empregar o tratamento recomendado clinicamente para a tentativa de cura.

O *quantum* indenizatório foi bem arbitrado pela Julgadora *a quo* e não merece reparo, mormente porque fixado levando em conta o princípio da proporcionalidade, sem se afastar de critérios consagrados na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Ademais, é presumível a ocorrência de dano moral aos pais pelo falecimento dos filhos (e *vice versa*, a par do REsp nº 330.288/SP, precedente do STJ, de relatoria do Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, *DJU* de 26.08.2002).

Há, como sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma

expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima ou a seus sucessores. O critério que vem sendo utilizado pelo STJ na fixação do valor da indenização por danos morais considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito. Assim, é cabível a alteração do *quantum* indenizatório unicamente quando este se revelar exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência daquele Tribunal.

Por conseguinte, conheço dos apelos, mas para denegar-lhes provimento, mantendo a sentença recorrida, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Desembargador FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA
RELATOR

Nº 111234-30.2009.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: CENTERPARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS LTDA
APELADO: VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMOVEIS LTDA
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESPEJO POR DENUNCIA VAZIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE PREFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PRÉVIA AVERBAÇÃO DO CONTRATO DE LOCAÇÃO NO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS. INTELIGÊNCIA DO ART. 33 DA LEI 8.245/91.

1. "A não-averbação do contrato de locação no competente cartório de registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/91". (AgRg na MC 18.158/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011)

2. Tratando-se de ação desalijatória fulcrada em denúncia vazia, não há que se perquirir acerca do motivo para o despejo, bastando, para tanto, o preenchimento dos requisitos legais, quais sejam, locação por tempo indeterminado e notificação premonitória válida, consoante o que preconiza o art. 57, da Lei nº 8.245/91. Ambos presentes no presente caso.

Apelação Cível conhecida e desprovida. 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, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do Eminente Des. Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível em Ação de Despejo por Denúncia Vazia promovida por VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA em desfavor de CENTERPARK ADMINISTRADORA DE ESTACIONAMENTOS LTDA, ambos devidamente qualificados nos autos.

Na exordial, a autora sustenta que adquiriu o imóvel localizado na Rua São Paulo nº 322, centro, nesta capital, da Companhia de Expansão APinheiro – CEAPIN, sendo que, na época da transação, o imóvel estava locado à promovida.

Sustenta que, após o contrato de compra e venda do imóvel, respeitou o prazo de locação de três anos fixado pelo antigo proprietário e que, em 01 de julho de 2009, referido contrato de locação findou.

Diante do seu não interesse em prorrogar o contrato de locação, a parte autora notificou extrajudicialmente a inquilina em 22 de junho de 2009, estabelecendo prazo para desocupação de 30 (trinta) dias, o que não aconteceu. Assim, pugna pela procedência da ação para que seja decretado o despejo da promovida.

Em contestação às fls. 29/33, a promovida suscita preliminar de ilegitimidade ativa, vez que o contrato de locação havia sido firmado com Espólio de Ilnah Barbosa Pinheiro. No mérito, sustenta que não fora notificada pelo locador do seu interesse em realizar a venda do imóvel locado, o que contrariou o seu direito de preferência. Desta feita pugna pela improcedência do pedido inaugural.

Sentença lançada às fls. 52/60 pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Na ocasião, o douto magistrado rejeitou a preliminar de ilegitimidade ativa aventada e julgou procedente o pleito inicial, decretando o despejo da promovida.

Irresignada com a decisão, a promovida interpôs recurso de apelação às fls. 63/66, sustentando, em síntese, que o contrato de locação ainda está em vigor, tendo em vista que a recorrente notificou o inventariante de seu interesse de permanecer no imóvel e por este foi aceito. Assim sendo teria havido a prorrogação do contrato até 01 de julho de 2012.

Contrarrazões às fls. 90/94.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 123/125, contudo, sem pronunciamento em relação ao mérito da apelação.

Revisão procedida pela e. Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda.

É o breve relatório.

VOTO

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

No mérito, o cerne da irresignação recursal prende-se a uma possível violação ao direito de preferência do promovido, ora recorrente, em adquirir os imóveis objetos de contrato de locação entabulado entre o mesmo e o Espólio de Ilnah Barbosa Pinheiro. Ademais, defende que o contrato de locação foi prorrogado até 01 de julho de 2012, vez que o recorrente notificou o inventariante de seu interesse em permanecer no imóvel e por este foi aceito.

Acontece que, analisando-se detidamente as provas colacionadas nos autos, verifica-se que a empresa CENTERPARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS LTDA, na pessoa de seu representante legal, foi devidamente notificada em 07 de janeiro de 2008 para que a mesma pudesse, se assim lhe conviesse, exercer seu direito de preferência.

Na ocasião, conforme se constata da leitura do documento colacionado às fls. 97/98 do processo em apenso, o representante legal da empresa, Sr. Antônio Oliveira Araújo, declarou, expressamente e de próprio punho, o seu desinteresse na compra do imóvel, *in verbis: "Não há interesse por este valor, poderei fazer uma contra proposta".* Assim, o Espólio, ora apelado, respeitou o que preconiza o Art. 27, caput da Lei nº 8.245/91, *in verbis:*

> Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros, devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

Após a ciência inequívoca do interesse na venda dos imóveis através da notificação extrajudicial, a promovida teria, conforme dispõe o Art. 28 de referida lei, o prazo de 30 (trinta) dias para, de maneira inequívoca, manifestar sua aceitação integral da proposta, sob pena de caducar o seu direito.

No caso concreto, a notificação foi encaminhada à promovdia, ora recorrente, em 30 de novembro de 2007, a negativa foi dada em 07 de janeiro de 2008 e a venda dos imóveis aconteceu somente em 23 de abril de 2009, após um ano e quatro meses da notificação. Durante esse período não houve qualquer manifestação de interesse em adquirir os imóveis.

O fato de na notificação extrajudicial encaminhada encontrar-se escrita a matrícula de imóveis diversos do contrato locatício não desnatura o instrumento, vez que a sua finalidade foi alcançada, tendo em vista que na notificação existem outros elementos capazes de verificar que o interesse dos locadores era realizar a venda dos imóveis objetos do contrato de locação. Há, por exemplo, a descrição do nome das ruas e dos números dos imóveis. Além disso, a notificação enfatiza que seu objetivo é possibilitar o exercício do direito de preferência.

A inércia da promovida, ou seja, o fato da mesma não ter ofertado qualquer

proposta, caracteriza, indubitavelmente, o seu desinteresse, a sua desistência em exercer o direito de compra preferencial. Diante dos fatos, não restou outra alternativa aos antigos proprietários, senão realizar a venda a terceiros estranhos ao pacto locatício.

Depois de concretizada toda a transação de compra e venda, inclusive com o devido registro do contrato de compra e venda no Cartório de Registros de Imóveis competente, foi que a promovida manifestou interesse na aquisição do imóvel. Aceitar que, neste momento, a recorrente possa se valer do seu direito de preferência, além de inexistir amparo legal, afronta à segurança jurídica.

Ademais, mesmo que se verificasse alguma irregularidade na notificação extrajudicial capaz de nulificá-la, a autora não poderia pleitear a adjudicação do imóvel por direito de preferência, vez que o contrato de locação não foi devidamente registrado na matrícula do imóvel com antecedência, conforme se verifica da análise dos documentos colacionados aos autos. Segundo o que dispõe o Art. 33 da Lei do Inquilinato, este é um requisito indispensável para o exercício, em sua plenitude, de referido direito, *in verbis:*

> Art. 33. O locatário preterido no seu direito de preferência poderá reclamar do alienante as perdas e danos ou, depositando o preço e demais despesas do ato de transferência, haver para si o imóvel locado, se o requerer no prazo de seis meses, a contar do registro do ato no cartório de imóveis, desde que o contrato de locação esteja averbado pelo menos trinta dias antes da alienação junto à matrícula do imóvel.

Com efeito, a orientação jurisprudencial emanada do colendo Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que a ausência de averbação do contrato de locação no cartório de registro de imóveis é causa impeditiva para o exercício da compra preferencial pelo locatário, ou seja, inviabiliza a anulação da compra e venda, bem como a consequente adjudicação, tudo em respeito ao Art. 33 da Lei do Inquilinato, já citado. Neste sentido:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. AGRAVO EM MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. PENDÊNCIA DE JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE POR TRIBUNAL ESTADUAL. INVIABILIDADE. SÚMULAS NºS 634 E 635/STF. LOCAÇÃO. DIREITO DE PREFERÊNCIA. ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL PELO LOCATÁRIO PRETERIDO EM SEU DIREITO. PRÉVIA AVERBAÇÃO DO CONTRATO. NECESSIDADE.
> 1. A pendência do juízo de admissibilidade do recurso especial pelo Tribunal Estadual inviabiliza a análise da aparência do bom direito.
> 2. Compete ao Tribunal local a apreciação de pedido de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade.
> Incidência dos verbetes sumulares nºs 634 e 635/STF.
> **3. A não-averbação do contrato de locação no competente cartório de**

> **registro de imóveis impede o exercício do direito de preferência pelo locatário, consistente na anulação da compra e venda do imóvel locado, bem como sua adjudicação, nos termos do art. 33 da Lei 8.245/91**, restando a ele a indenização por perdas e danos.
> Precedentes.
> 4. Agravo interno a que se nega provimento.
> (AgRg na MC 18.158/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011)

O entendimento perfilhado por este Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará não discrepa da jurisprudência acima colacionada, senão vejamos:

> APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. DENÚNCIA VAZIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DIREITO DE PREFERÊNCIA. DISCUSSÃO EM AÇÃO PRÓPRIA. POSSE TRANSFERIDA ATRAVÉS DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. POSSIBILIDADE. VEROSSIMILHANÇA DOS ARGUMENTOS AUTORAIS. RETENÇÃO POR BENFEITORIAS. MATÉRIA NÃO DISCUTIDA NOS AUTOS. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA MANTIDA. I - Se o juiz, ante as peculiaridades da espécie, se convence da possibilidade do julgamento antecipado da lide e profere sentença, desprezando a dilação probatória, não há que se falar em cerceamento de defesa, mercê da manifesta inutilidade ou o claro intuito procrastinatório da coleta de prova por cuja produção postulou a recorrente. II - **Quanto à alegada violação do direito de preferência, cabe ressaltar a ressalva expressa no artigo 33, da Lei 8.245/91, no sentido de que tal direito deve ser invocado em ação própria, e mediante a prévia averbação do contrato de locação junto à matrícula do imóvel.** III - Embora o título apresentado seja precário, entendo suficiente a comprovar a posse do autor. A própria apelante confirma que o imóvel em questão lhe foi oferecido a venda, inclusive pelo preço aparentemente pago pelo autor, tanto que busca suposto direito de preferência na aquisição do mesmo, o que também demonstra a verossimilhança das alegações autorais. IV - Manifestação da Corte sobre matéria não discutida nos autos implicaria em supressão de instância. Recurso improvido.
> (Apelação 1926825200580600011 Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data do julgamento: 27/05/2009 Data de registro: 01/06/2009)

Em relação ao segundo argumento suscitado na apelação, verifica-se que o promovido, ora apelante, não se desincumbiu do ônus probatório de demonstrar que o contrato de locação foi prorrogado até o dia 01 de julho de 2012. Isso porque, por mais que alegue que encaminhou uma notificação extrajudicial ao inventariante do espólio, não há, nos autos, qualquer prova ou início de prova a esse respeito. Pelo contrário, o apelante limitou-se a trazer esta informação apenas por ocasião da interposição do recurso apelatório.

Por fim, torna-se importante asseverar, que tratando-se de ação desalijatória fulcrada em denúncia vazia, não há que se perquirir acerca do motivo para o despejo, bastando, para tanto, o preenchimento dos requisitos legais, quais sejam, locação por tempo indeterminado e notificação premonitória válida, consoante o que preconiza o art. 57, da Lei nº 8.245/91. Ambas presentes no caso.

Diante do exposto, em consonância com os excertos jurisprudenciais acima colacionados, conheço do presente recurso de Apelação Cível, para NEGAR-LHE provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 7 de março de 2012.

Manoel Cefas Fonteles Tomaz
Desembargador Relator

PROC. Nº: 11285-46.2003.8.06.0000/0
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE/APELADO: BOMBREÇO S.A. SUPERMERCADO DO NORDESTE
APELANTE/APELADO: IRACEMA RODRIGUES DA SILVA
ORIGEM: Ação de Indenização – 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISOR: DES. JOSÉ MARIO DOS MARTINS COELHO
ÓRGÃO JULGADOR 6ª CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. QUEDA EM SUPERMERCADO. PISO ESCORREGADIO. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. DANO MORAL. CABIMENTO. DESNECESSIDADE DE PROVA DO PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ADESIVO INTERPOSTO COMO TÓPICO DAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS. NÃO CONHECIMENTO. PRECEDENTES DO TJ/CE.

1. "Assim como o recurso principal, o recurso adesivo também deve ser interposto perante a autoridade judiciária, ou seja, a peça recursal que o veicula deve ser válida e regularmente protocolizada perante o juízo competente, e não ser acostada por ocasião da protocolização de outra peça processual, destinada à prática de ato processual distinto, como fez o Apelante. Recurso adesivo não conhecido." (Apelação cível 365443200680600011 Relator(a): FRANCISCO SALES NETO Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 03/06/2009 Data de registro: 10/06/2009)

2. A hipótese dos autos revela caso no qual é aplicável a teoria da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o acidente aconteceu no interior do supermercado enquanto a consumidora adquiria produtos. O fornecedor de produtos e serviços, de acordo com a legislação consumerista, tem a obrigação de oferecer segurança aos consumidores e evitar que os mesmos sejam expostos à situação vexatória.

3. Avaliando a conduta da demandada, ora apelante, na consecução do acidente e atento à posição social da vítima, ao grau do constrangimento por ela suportadas, aos transtornos de ordem emocional causados pelo acidente, entende-se que o magistrado de primeiro grau agiu com prudência ao arbitrar o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) à guisa de reparação do dano moral.

Apelação Cível conhecida e desprovida. 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, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível, mas para NEGAR-LHE provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto do Eminente Des. Relator.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2012.

Relatório

Cuida-se de **Apelação Cível** e de **Recurso Adesivo** em que figuram como partes BOMPREÇO S.A. SUPERMERCADO DO NORDESTE e IRACEMA RODRIGUES DA SILVA, em Ação de Indenização, insurgindo-se contra Sentença de fls. 154/157, proferida pelo douto juízo da 21ª. Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Afirma em exordial a Autora que sofreu danos morais por consequência de uma queda sofrida no estabelecimento da Promovida, que lhe ocasionou, fratura da patela (rótula) esquerda e lesionou o ligamento do cruzado anterior, devido à lavagem do piso do supermercado, entretanto nenhuma placa de aviso ou advertência havia para que o acidente fosse evitado. Afirma que, em decorrência do acontecido, teve que se submeter a tratamento cirúrgico, ficando 90 (noventa) dias de repouso, o que violou o seu direito a integridade física.

Em contestação respondeu o supermercado Requerido, sustentando que o acidente se deu de forma diferente do alegado, posto que a Autora teria se aproveitado de sua deficiência no membro inferior esquerdo, tendo sido este o motivo que lhe levou ao chão. Asseverou que a Autora faltou com a verdade quando afirmou que a sua queda se deu em virtude de o chão estar molhado, pois o estabelecimento só é lavado após o seu fechamento ao público. Acrescentou que o motivo que levou a Requerente a cair foi sua imprudência em querer fazer compras em um estabelecimento com 10.000 m² de área com deficiência em seu membro inferior esquerdo, quando na realidade poderia ter usado veículo apropriado para pessoas deficientes. Aduziu, ainda, que o supermercado é equipado com veiculo para efetuar limpezas automáticas, sem que ocasione nenhum vestígio no piso. Alegou que não é responsável pelo acidente ocorrido com a Promovente, já que foi a imprudência desta que a fez cair, sendo totalmente infundados os danos requeridos.

Respostas ofertadas pelo perito designado aos quesitos apresentados pelas partes às fl. 87.

A referida sentença julgou parcialmente procedente o pedido apresentado pela Autora, fixando o *quantum* indenizatório em R$ 10.000,00 (dez mil reais), levando-

se em conta que a Autora teve uma parcela de contribuição para o ocorrência do dano. Ademais, condenou em custas e honorários os quais foram arbitrados em 10% (dez por cento) sobre a condenação, rateados entre as partes, em face da culpa concorrente e sucumbência recíproca, contudo resta a Autora dispensada de recolher tal verba por ser beneficiária da justiça gratuita.

Apelação apresentada pelo Requerido às fls. 158/163, pela qual assevera que os depoimentos ofertados pelas testemunhas são controversos, o que impossibilita que a sentença exarada possa prosperar. Defende que todos os depoimentos são taxativos em afirmar que o estabelecimento não se encontrava molhado no momento do evento danoso, mas devidamente limpo e adequado ao uso. Alegou a imprudência exclusiva da Autora, ora Apelada.

Apresentado recurso de apelação pela parte Autora fora de prazo, manifestou-se o douto magistrado no sentido de determinar o desentranhamento da peça recursal e sua entrega à parte, a qual apelou adesivamente e ofertou as contrarrazões alegando que não houve contradições entre os depoimentos das testemunhas arroladas e que as testemunhas arrolados pelo Apelante são imprestáveis para comprovar as alegações, posto que descompromissadas com a verdade. Alegou que a sentença merece reparo apenas no que se refere a culpa recíproca.

Contrarrazões ofertadas pelo supermercado Apelante às fls. 182/186, requerendo a desconsideração do recurso adesivo interposto, haja vista que não foi feito em peça independente nem foi pago o seu preparo.

Parecer da PGJ às fls. 236/242, contudo, sem pronunciamento meritório.

Revisão procedida pelo e. Des. José Mário dos Martins Coelho.

VOTO

Inicialmente, em relação à apelação cível interposta por BOMPREÇO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE, verificam-se preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, possibilitando o seu conhecimento e julgamento por esta Egrégia 6ª Câmara Cível.

Em contrapartida, no que se refere ao recurso adesivo manejado por IRACEMA RODRIGUES DA SILVA, autora do pleito indenizatório, constata-se que o mesmo não foi regularmente interposto, vez que foi apresentado como tópico das contrarrazões ofertadas às fls. 182/186 e não como peça independente dirigida ao juízo *a quo*.

A modalidade "adesiva" dos recursos, inobstante seja uma forma alternativa de irresignação, subordinada ao recurso principal, deve se submeter as mesmas regras desse, inclusive quanto às condições de admissibilidade, nos termos do art. 500 do Código de Processo Civil:

> Art. 500. Cada parte interporá o recurso, independentemente, no prazo e observadas as exigências legais. Sendo, porém, vencidos autor e réu, ao recurso interposto por qualquer deles poderá aderir a outra parte. O recurso adesivo fica subordinado ao recurso principal e se rege pelas disposições seguintes:
> I - será interposto perante a autoridade competente para admitir o recurso principal, no prazo de que a parte dispõe para responder;
> II - será admissível na apelação, nos embargos infringentes, no recurso extraordinário e no recurso especial;
> III - não será conhecido, se houver desistência do recurso principal, ou se for ele declarado inadmissível ou deserto.
> Parágrafo único. Ao recurso adesivo se aplicam as mesmas regras do recurso independente, quanto às condições de admissibilidade, preparo e julgamento no tribunal superior.

Oportuno, neste momento, trazer à colação as lições de FREDIE DIDIER JR. e LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA:

> "O recurso adesivo não é espécie de recurso. Trata-se de forma de interposição de recurso. O recurso pode ser interposto de forma independente e de forma adesiva. O recurso adesivo é exatamente o mesmo recurso que poderia ter sido interposto autonomamente, diferenciando-se apenas pela técnica de interposição (…).
> (…)
> O recurso adesivo deve obedecer a todos os requisitos de admissibilidade exigidos para os respectivos recursos, inclusive o preparo (art. 500, parágrafo único, CPC)
> (Curso de Direito Processual Civil. V. 3. 2ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 84 e 85)

Neste diapasão, o recurso adesivo deve ser apresentado em peça independente, dirigida a autoridade judiciária, ou seja, não se admite que o mesmo seja manejado por ocasião da interposição de outra peça processual, como fez a parte Apelante, ao apresentá-lo juntamente com as contrarrazões recursais. Neste sentido, colhe-se o entendimento de MISAEL MONTENEGRO FILHO:

> "No prazo de quinze dias (ou em prazo ampliado), o interessado deve oferecer peças separadas (contra-razões ao recurso interposto pelo seu adversário e petição de interposição da espécie), não se admitindo que oferte uma única manifestação, nela incluindo o recurso e as contra-razões".
> (Código de Processo Civil Comentado e Interpretado. São Paulo: Atlas, 2008, p. 558).

Este Egrégio Tribunal de Justiça já se posicionou sobre o tema, *in verbis:*

> APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PRINCIPAL E JUNTADA DE RECURSO ADESIVO, NÃO VALIDAMENTE INTERPOSTO, MAS ACOSTADO AOS AUTOS CONJUNTAMENTE COM AS CONTRA-RAZÕES AO RECURSO PRINCIPAL. INEXISTÊNCIA INTERPOSIÇÃO VÁLIDA DO APELO ADESIVO. NÃO CONHECIMENTO DESTE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. APOSENTADORIA COMPLEMENTAR DEFERIDA ANTES DE ALCANÇADA A IDADE DE 55 ANOS. IMPOSIÇÃO DE REDUTOR ETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. SILÊNCIO DO REGULAMENTO VIGENTE QUANDO DA ADESÃO AO PLANO. **1. Assim como o recurso principal, o recurso adesivo também deve ser interposto perante a autoridade judiciária, ou seja, a peça recursal que o veicula deve ser válida e regularmente protocolizada perante o juízo competente, e não ser acostada por ocasião da protocolização de outra peça processual, destinada à prática de ato processual distinto, como fez o Apelante. Recurso adesivo não conhecido.** 2. Ao passo em que, de um lado, tem-se a ilegalidade da exigência de idade mínima de 55 anos para a concessão de aposentadoria complementar, de outro, tem-se a inexistência de previsão de aplicação de redutor etário no Regulamento vigente à época da adesão do Apelado ao plano, o que impõe o reconhecimento do acerto da sentença impugnada, porquanto afastou a incidência do referido redutor sobre o valor dos benefícios a que faz jus o Apelado. Precedentes desta Corte. 5. Recurso adesivo não conhecido, porquanto não validamente interposto, e recurso principal conhecido, mas não provido.
> (Apelação cível 365443200680600011 Relator(a): FRANCISCO SALES NETO Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data do julgamento: 03/06/2009 Data de registro: 10/06/2009)

Sendo assim, lastreado nos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acima colacionados, deixo de conhecer do recurso adesivo manejado por IRACEMA RODRIGUES DA SILVA, vez que o mesmo não fora interposto validamente, mas apresentado como tópico das contrarrazões apresentadas.

Superada esta questão de admissibilidade recursal, passo a analisar a Apelação Cível remanescente, intentada por BOMPREÇO S/A SUPERMERCADOS DO NORDESTE.

Nas razões do recurso apresentado, o supermercado promovido defende que inexiste o nexo causal necessário entre a ação ou omissão do Apelante e o acidente alegado pela autora capaz de condená-lo ao pagamento dos danos morais. Assevera, ademais, que o chão do estabelecimento estava limpo e seco e que a queda deveu-se por imprudência exclusiva da apelada.

A hipótese dos autos revela caso no qual é aplicável a teoria da responsabilidade civil objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor, tendo em vista que o acidente aconteceu no interior do supermercado enquanto a consumidora adquiria produtos. O fornecedor de produtos e serviços, de acordo com a legislação consumerista, tem a obrigação de oferecer segurança aos consumidores e evitar que os mesmos sejam expostos à situação vexatória.

À vista do teor dos fatos e provas dos autos, resultou configurada a responsabilização objetiva da ré pela falha na prestação do serviço do estabelecimento comercial, por descumprimento do dever de segurança, na forma preconizada pelo Art. 6º, I e VI do CDC:

> Art. 6º. São Direitos básicos do consumidor:
> I – a proteção da vida, saúde, segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados nocivos e perigosos;
> (...)
> VI – a efetiva prevenção e reparação dos danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
> Importante ressaltar que compete à ré o dever de manter o estabelecimento em condições adequadas de segurança para as pessoas que ali se encontram, sendo que a omissão e a negligência com que operou a ré, na limpeza de seu estabelecimento, configurou a sua culpa exclusiva.

Neste sentido, cabe transcrever os seguintes arestos:

> AÇÃO ORDINÁRIA INDENIZATÓRIA POR DANO MORAL COMINADA COM PERDAS E DANOS. RESPONSABILIDADE CIVIL. Cabe indenização por dano moral quando supermercado, na limpeza de suas instalações, não alerta consumidora sobre a existência de piso molhado ocasionando acidente capaz de fraturar o pulso da autora. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz, atento às circunstâncias de fato. Não se conhece de recurso adesivo por ausência de pressuposto quando o pedido já foi deferido na sentença guerreada. Apelação desprovida e recurso adesivo não conhecido. Sentença mantida. Decisão unânime. (Apelação Cível Nº 70016122863, Décima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 03/05/2007).

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA DE CLIENTE EM SUPERMERCADO. PISO MOLHADO. DANO MORAL. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CRITÉRIOS. À luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor, é objetiva a responsabilidade do supermercado pelos danos causados com a queda do cliente em razão do piso molhado. Dano moral verificado no caso concreto. Valor da condenação fixado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, bem assim observados os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, além da natureza jurídica da condenação. APELO PROVIDO, POR MAIORIA, VENCIDO O REVISOR QUE PROVIA EM MENOR EXTENSÃO. (Apelação Cível Nº 70023939200, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Tasso Caubi Soares Delabary, Julgado em 10/09/2008).

Como visto acima, a jurisprudência pátria é categórica e uníssona quanto ao tema, não restando dúvida quanto à aplicação da exegese acima delimitada.

Tratando-se de responsabilidade objetiva, cabe ao autor provar apenas a ocorrência do fato danoso, do dano e do nexo de causalidade entre ambos. Em contrapartida, à promovida cabe provar algumas das excludentes de responsabilidade, dentre as quais, a culpa exclusiva da vítima.

Analisando detidamente as declarações prestadas pelas testemunhas arroladas nos autos, verifica-se uma controvérsia acerca da situação do piso no momento da queda da autora. As testemunhas arroladas pela parte promovente, ora apelada, sustentam que estavam no local do acidente e que o piso estava, de fato, molhado e escorregadio. Em contrapartida, as testemunhas arroladas pelo supermercado, contraditadas pela autora, face a relação empregatícia com a parte, defendem que estavam no estabelecimento e que o piso estava limpo e seco.

Nestas situações, torna-se imperioso analisar a quem caberia o ônus de provar as alegações.

Indubitavelmente, tratando-se de relação consumerista, o ônus de provar a real situação do piso do estabelecimento no momento da queda da autora era do estabelecimento comercial, no caso, do supermercado promovido, o que não aconteceu.

A parte autora, por sua vez, em que pese a sua hipossuficiência, apresentou provas robustas da sua situação, após o acidente acontecido dentro do estabelecimento comercial, senão vejamos: a) Às fls. 10, encontra-se o laudo do exame de corpo de delito, demonstrando que a lesão resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias; b) Às fls. 13, a autora anexou laudo médico atestando que em virtude de queda sofrida no interior de um supermercado, a mesma sofreu fratura da patela esquerda associada à lesão do ligamento cruzado anterior, ocasião em que foi submetida a intervenção cirúrgica, necessitando de repouso e afastamento do trabalho por um período médio de noventa dias.

A prova documental e testemunhal é suficientemente capaz de evidenciar a ocorrência do fato danoso, do dano sofrido e do nexo de causalidade entre ambos, não havendo dúvidas quanto a isso.

Por outro, a empresa demandada, apesar de ter cogitado em sua peça contestatória, não conseguiu provar, em nenhum momento, que a autora teria agido com culpa exclusiva na consecução dos danos por ela sofridos.

O fato de ter sido reconhecido no laudo pericial médico, acostado às fls. 87, que a autora é portadora de ptose palpebral à direita, com visão monocular a mais ou menos 30 (trinta) anos, não é suficiente para lhe atribuir exclusiva responsabilidade pelo acidente. Assim, o magistrado, reconhecendo a culpa concorrente, agiu acertadamente em julgar parcialmente procedente a ação.

Nesse sentido, não se vislumbra nos autos qualquer indício que venha a conferir credibilidade à tese veiculada na apelação, capaz de modificar o entendimento perfilhado pelo magistrado por ocasião do julgamento da ação. Dessa forma, estão presentes todos os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil objetiva no caso concreto.

Caracterizados os requisitos ensejadores da responsabilidade civil, a controvérsia cinge-se em decidir se a queda da autora, independentemente da culpa do réu, dada a sua responsabilidade objetiva, seria capaz de ensejar indenização por danos morais.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência no sentido de ser dispensável "a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vez é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo - o seu interior (Resp n. 85.0198-RJ)".

Assim, corroborando com o entendimento perfilhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, entendo que a prova do dano moral se satisfaz com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum.

Torna-se notório, como já exposto, o vexame pelo qual passou a autora, caindo ao chão em local público. Referido fato, por si só, já é motivo ensejador de uma reparação moral.

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

> RESPONSABILIDADE CIVIL. QUEDA EM SUPERMERCADO. PISO ESCORREGADIO. DANO MORAL. CABIMENTO. PROVA DO PREJUÍZO. DISPENSA. QUANTUM. RAZOABILIDADE. RECURSO ACOLHIDO. **I - A prova do dano moral se satisfaz, na espécie, com a demonstração do fato que o ensejou e pela experiência comum. Não há negar, no caso, o desconforto, o aborrecimento, o incômodo causado pela própria queda, sem contar a alteração na rotina da autora, representada pela obrigatoriedade de comparecimento às sessões fisioterápicas. II – A indenização por danos morais, como se tem salientado, deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação enseje enriquecimento indevido, com manifestos abusos e exageros. III - Certo é que o ocorrido não representou perturbação de maior monta. E que não se deve deferir a indenização por dano moral por qualquer contrariedade. Todavia, não menos certo igualmente é que não se pode deixar de atribuir à empresa-ré o mau serviço prestado, e a negligência com que se houve, em detrimento dos que freqüentam suas dependências.** (Processo REsp 496528 / SP RECURSO ESPECIAL 2002/0170080-7 Relator(a) Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA (1088) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 06/05/2003)

Como fica explícito, indubitáveis são os danos de ordem moral ou extrapatrimonial.

Os parâmetros judiciais para o arbitramento do quantum indenizatório são delineados pelo prudente arbítrio do julgador, haja vista que o legislador não ousou, através de norma genérica e abstrata, pré-tarifar a dor de quem quer que seja. Por esse raciocínio, ao arbitrar o quantum da indenização, deve o magistrado levar em conta "a

posição social do ofendido, a condição econômica do ofensor, a intensidade do ânimo em ofender e a repercussão da ofensa" (art. 84, da Lei 8.117/92), conforme orientação jurisprudencial.

Avaliando a conduta da demandada na consecução do acidente e atento à posição social da vítima, ao grau do constrangimento por ela suportadas, aos transtornos de ordem emocional causados pelo acidente, entende-se que o magistrado de primeiro grau agiu com prudência ao arbitrar o valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) à guisa de reparação do dano moral.

Diante do exposto, em consonância com os excertos jurisprudenciais acima colacionados, conheço da presente Apelação Cível interposta por BOMPREÇO SUPERMERCADOS S/A, para NEGAR-LHE provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2012.

Número único: 0001265-43.2009.8.06.0175
Apelação Cível de Trairi
Apelante: Consórcio Nacional Honda Ltda.
Apelados: Francisco Rodrigues Viana e Maria das Mercês Teixeira
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DE VALORES E ENTREGA DE COISA. CONTRATO DE CONSÓRCIO. PRELIMINAR CARÊNCIA DE AÇÃO POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA REJEITADA. MORTE DO CONSORCIADO. QUITAÇÃO DAS PARCELAS VINCENDAS MEDIANTE INDENIZAÇÃO PAGA PELO SEGURO. DIREITO DOS SUCESSORES À DEVOLUÇÃO DA QUANTIA PAGA APÓS A MORTE DO CONSORCIADO. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. O consórcio fundamenta seu pedido de carência de ação em cláusula contratual por ele instituída, quando não há disposição legal que determine que o pedido deve ser feito por meio de alvará judicial, consoante Lei 11.795/2008; 2. A seguradora quitou a cota da participante com o pagamento do prêmio do seguro, cumprindo com a sua obrigação, razão pela qual se rejeita a denunciação da lide; 3. Uma vez que o contrato de consórcio foi plenamente quitado com pagamento das parcelas vincendas mediante o prêmio do seguro, os sucessores têm direito à devolução dos valores que pagaram após a morte do consorciado; 4. Sentença reformada; 5. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0001265-43.2009.8.06.0175, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, de acordo com o Voto do Relator.Fortaleza,

VOTO

Tudo visto e examinado. Não se vislumbra vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Estão atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos arts. 506 e 513, do CPC, razão de conhecer do recurso.

O apelante, em suas razões recursais, ratifica os argumentos expostos na peça contestatória e pugna pela total reforma da sentença e consequente improcedência da demanda.

Preliminarmente, suscita a carência de ação em razão da falta de interesse de agir por ser inadequada a via eleita, pois os apelados deveriam ter se utilizado de pedido de Alvará Judicial.

Neste tocante, entendo que decidiu acertadamente o magistrado de primeiro grau quando rejeitou esta questão preliminar, com fundamento no art. 5º, inc. XXXV, da Carta Magna.

Ora, o apelante fundamenta seu pedido em cláusula contratual por ele instituída, quando não há disposição legal neste sentido, consoante Lei 11.795/2008, que disciplina os grupos de consórcio.

De outra sorte, ainda que seja aplicada a cláusula 20.6, é mister esclarecer que a situação em epígrafe não se encaixa na hipótese "b", pois, consoante correspondência anexada à fl. 17, a cota fora contemplada em 17 de março de 2008, ou seja, antes do falecimento da filha dos apelantes em 11 de junho de 2008. De forma que é desnecessária a expedição de alvará judicial.

Rejeito, pois, a preliminar de carência de ação.

Ainda em sede de preliminar, o apelante reforça o pedido de denunciação à lide de MAPFRE Seguradora.

Mais uma vez, não merece acolhimento o pleito recursal, haja vista a seguradora ter quitado a cota da participante com o pagamento do prêmio do seguro, cumprindo com a sua obrigação, como afirma o apelante na Contestação, *in verbis:*

> ***"Diante disso o consorciado adimpliu o contrato dentro das condições estipuladas até a data de seu último pagamento o que ocorreu em 07/10/2008, quando o contrato foi quitado pela seguradora em razão do óbito."*** (fl. 36, grifos originais).

Sobre o tema, colaciono a seguinte decisão:

> "CONSÓRCIO - MORTE DO CONSORCIADO - CONTRATO DE ADESÃO A GRUPO DE CONSÓRCIO - COBERTURA DE SEGURO DE VIDA - HONORÁRIOS. A administradora de consórcio, na qualidade de gestora dos recursos advindos das contribuições dos consorciados, é parte legítima para figurar no polo passivo de demanda em que está sendo pleiteado direito de receber o valor do seguro, se nas parcelas do consórcio estavam embutidos os valores do seguro de vida. Na fixação dos honorários advocatícios por equidade, o julgador deve ter como referencial as alíneas do parágrafo 3º, do artigo 20, do CPC, para bem remunerar a nobre e elevada atividade exercida pelo advogado." (TJMG, Numeração Única: 1894140-08.2006.8.13.0105, Relator: Des.(a) MOTA E SILVA, Data do Julgamento: 12/01/2010).

Outrossim, os apelados não pretendem o pagamento da indenização securitária, mas a entrega do bem objeto do consórcio e a restituição do que pagaram indevidamente.

Isto posto, rejeito o pedido de denunciação à lide.

Passo ao exame do mérito.

Da análise dos documentos constantes nos autos, vislumbra-se que, antes do falecimento da filha dos apelados, ela, na qualidade de contratante, já havia sido contemplada no consórcio, em 17 de março de 2008, conforme carta à fl. 17. De forma que os recorridos já tinham direito ao recebimento do bem.

Entretanto, os apelados continuaram pagando as prestações até outubro de 2008, quando, em novembro daquele ano, receberam a comunicação de fl. 18, informando-lhes que a Administradora do Consórcio recebera o prêmio referente ao seguro de vida, efetuando a quitação das parcelas vincendas, e que faziam jus à restituição das parcelas pagas após o falecimento da consorciada.

Destarte, uma vez que o contrato foi plenamente quitado com pagamento das parcelas vincendas mediante o prêmio do seguro, os apelados têm direito à devolução dos valores que pagaram após a morte de sua filha, mais especificamente de junho a outubro de 2008.

Assim, neste ponto, merece acolhimento a insurgência do consórcio apelante quanto à condenação em restituir aos apelados os valores pagos até a data do falecimento da consorciada. Pois, não há nos autos prova de que o seguro tenha pago à Administradora o valor total do contrato.

Ao contrário, as provas produzidas indicam que o seguro quitou apenas as parcelas vincendas do contrato de consórcio, como usualmente é feito em contratos desta espécie, em que o objetivo do seguro é garantir o adimplemento do próprio consórcio em caso de morte do consorciado.

Ademais, como bem salientado no parecer ministerial, a condenação do apelante na restituição do valor integral do seguro e na entrega do bem configura *bis in idem*.

Neste sentido, esta Colenda Corte de Justiça já decidiu:

> "Ementa: CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONSÓRCIO. MORTE DO TITULAR. QUITAÇÃO POR PARTE DO SEGURO. DIREITO DOS SUCESSORES DO `DE CUJUS" EM RECEBER O BEM CONSORCIADO. NÃO PREVALECE CLÁUSULA CONTRATUAL CONTRÁRIA AO ARTIGO 51 DO CDC. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. **1. Consorciado que pagou 19(dezenove) parcelas e morre na vigência do contrato, seus sucessores são beneficiados pela quitação das parcelas vincendas pela Seguradora.** 2. Uma vez quitado o bem, não prevalece o entendimento de esperar o encerramento do grupo ou contemplação por sorteio para disponibilização do bem consorciado. 3. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade (CDC art. 51)." (Apelação cível

14166200580600451, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, 1ª Câmara Cível, Data de registro: 01/09/2010). (destaquei).

Diante do exposto e em consonância com o parecer ministerial, dou parcial provimento ao recurso, reformando a sentença, no que concerne à condenação do apelante em restituir aos apelados os valores que estes pagaram até 11 de junho de 2008, para condenar o apelante na devolução somente das parcelas pagas pelos apelados após o falecimento de sua filha, mantendo a sentença nos demais termos.

É o meu voto.

Fortaleza, 17 de março de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0021194-07.2006.8.06.0001
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: MARIA OLANDI SALES DA SILVA
APELADA: MARIA HELENA MOTA ABREU
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: CÍVEL. APELAÇÃO. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA DE CONTRIBUINTE FALECIDO. VERBA DESTINADA AOS DEPENDENTES HABILITADOS PERANTE A PREVIDÊNCIA SOCIAL. PRETERIÇÃO DE DIREITO NÃO RECONHECIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 1º E 2º DA LEI Nº 6.858/80. APELO IMPROVIDO.

I – O levantamento de valores atinentes à restituição do imposto de renda de titulares falecidos rege-se pela lei 6858/80, em que se dispõe que tais quantias serão pagas, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social.

II – Demonstrado que a apelante não se encontrava habilitada junto ao órgão previdenciário na época do recebimento dos referidos valores por parte dos dependentes, em sede de ação de alvará judicial devidamente transitada em julgado, não se pode alegar preterição ao seu direito, posto que inexistente.

III – Ademais, uma vez dissolvido o casamento válido pelo divórcio, tal qual ocorreu, tem-se a consequente extinção de qualquer vínculo entre os divorciados, materializando-se uma incontornável ruptura a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao matrimônio, cujo divórcio impôs termo definitivo, ainda mais tendo este se formalizado mais de uma década após o pleito atual da apelante.

IV – Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº 0021194-07.2006.8.06.0001, da comarca de Fortaleza, em que é apelante MARIA OLANDI SALES DA SILVA e apelada MARIA HELENA MOTA ABREU.

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, mas para lhe negar provimento, mantendo a decisão recorrida em todos os seus termos.

MARIA OLANDI SALES DA SILVA, qualificada nos autos, interpôs o presente apelo objetivando desconstituir sentença prolatada pelo juízo da 5ª Vara de Sucessões da Comarca de Fortaleza, acostada às fls. 17/18, em que foi julgado extinto o processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC – ausência de interesse de agir.

Em suas razões (fls. 20/22), alega que a sentença foi proferida sem a devida

fundamentação, pugnando por sua reforma e consequente retorno dos autos ao seu devido processamento, com a consequente análise de mérito.

Intimada para apresentar contrarrazões, o prazo fluiu sem que a parte apelada interpusesse a aludida peça, sendo, em seguida, aberta vista dos autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, a qual apresentou o parecer de fls. 38/41, opinando pelo improvimento do recurso em tela.

É o relatório.

Preliminarmente, conheço do recurso de apelação em destaque, uma vez que presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Trata-se o feito originário de uma ação de indenização por suposta percepção indevida de verba decorrente de restituição do imposto de renda, referente ao exercício do ano de 2000, cuja titularidade pertencia ao falecido Francisco Ricardo Alves da Silva. Isso, pois, no ano de 2003, os seus filhos menores, então representados pela genitora Maria Helena Mota Abreu, procederam, mediante alvará judicial – Processo nº. 2000.0112.9359-5, o levantamento do mencionado *quantum* retido.

Exclama a apelante que, a despeito da qualidade de ex-esposa que mantinha com o *de cujus*, muito embora estivesse divorciada deste há mais de 20 (vinte anos) anos, consoante certidão de fls. 06, não pôde demandar com os demais dependentes no procedimento judicial voluntário acima narrado, deixando de auferir participação sobre a quantia percebida.

Alega, desta feita, preterição do seu direito, eis que possui sabido direito sucessório, estabelecido em concorrência com os demais herdeiros do contribuinte falecido.

É sabido, por imposição das leis sucessórias pátrias, constituírem-se herdeiros os descendentes e o cônjuge supérstite, este último, no entanto, desde que não esteja divorciado ou separado judicialmente. *In casu*, basta uma breve análise dos documentos acostados aos autos para se inferir a condição de divorciada da apelante, a qual dissolvera judicialmente os laços matrimoniais desde o ano de 1990.

Uma vez dissolvido o casamento válido pelo divórcio, tal qual ocorreu, tem-se a consequente extinção de qualquer vínculo entre os divorciados, materializando-se uma incontornável ruptura a quaisquer deveres e obrigações inerentes ao matrimônio, cujo divórcio impôs termo definitivo, ainda mais tendo este se formalizado mais de uma década após o pleito atual da apelante.

Ademais, o levantamento de valores atinentes à restituição do imposto de renda de titulares falecidos rege-se pela lei 6858/80, em que se dispõe que tais quantias serão pagas, em quinhões proporcionais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social. Senão vejamos (grifei):

> *"Art. 1º - Os valores devidos pelos empregadores aos empregados e os montantes das contas individuais do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e do Fundo de Participação PIS-PASEP,* ***não recebidos em vida***

> ***pelos respectivos titulares, serão pagos, em quotas iguais, aos dependentes habilitados perante a Previdência Social*** *ou na forma da legislação específica dos servidores civis e militares, e, na sua falta, aos sucessores previstos na lei civil, indicados em alvará judicial, independentemente de inventário ou arrolamento.*
> § 1º - […]
>
> § 2º - […]
>
> *Art. 2º -* ***O disposto nesta Lei se aplica às restituições relativas ao Imposto de Renda*** *e outros tributos, recolhidos por pessoa física, e, não existindo outros bens sujeitos a inventário, aos saldos bancários e de contas de cadernetas de poupança e fundos de investimento de valor até 500 (quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional.*
> *Parágrafo único – […]"*

Consoante declaração do magistrado *a quo* contida na sentença vergastada (fls. 17), verifica-se uma certidão do PIS/PASEP/FGTS no processo de alvará em estudo, datada de 01 de agosto de 2000, em que são elencados como dependentes habilitados perante a Previdência Social tão somente a Sra. Maria Helena Mota Abreu, ora apelada, além de Richelli Abreu da Silva e Francisco Ricardo Alves da Silva. Portanto, a apelante não se encontrava habilitada junto ao órgão previdenciário na época do recebimento dos referidos valores em sede de alvará judicial, pelo que não pode alegar, após o trânsito em julgado da referida ação, preterição ao seu direito, posto que inexistente.

A jurisprudência é uníssona (destaquei):

> DIREITO DAS SUCESSÕES E ADMINISTRATIVO. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. NÃO RECEBIMENTO PELO FALECIDO EM VIDA. ALVARÁ JUDICIAL. LEIS N. 6.858/80 E 7.713/88. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO COMO DEPENDENTE NA PREVIDÊNCIA SOCIAL. CABIMENTO.
> *1. A Lei n. 6.858/80 pretendeu desburocratizar o levantamento de pequenos valores (até quinhentas OTNs), não recebidos pelos seus titulares em vida, valendo-se, para tanto, de critério objetivo, qual seja, a condição de dependente inscrito junto à Previdência Social e a inexistência de outros bens a serem inventariados.*
> ***2. Assim, os valores relativos a restituições de imposto de renda não recebidos pelo falecido em vida, observado o teto legal, devem ser levantados pelos dependentes habilitados junto a Previdência Social, nos termos dos arts. 1º e 2º da Lei n. 6.858/80.***
> *3. Recurso especial não provido.*
> *(REsp 1085140/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 17/06/2011)*
>
> *APELAÇÃO. ALVARÁ. RESTITUIÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. INVENTÁRIO. DESNECESSIDADE.*
> ***O pagamento da restituição do imposto de renda do falecido pode – e***

> ***deve – ser feito aos dependentes habilitados perante a Previdência Social,*** *independentemente de inventário ou arrolamento, ainda que existam outros bens a partilhar.* ***Inteligência e aplicação direta dos artigos 1º e 2º da Lei n.º 6.858/80.*** *DERAM PROVIMENTO. (Apelação Cível Nº 70030942635, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rui Portanova, Julgado em 17/09/2009)*

Quando da análise dos autos, percebe-se que a apelante juntou à exordial cópia da certidão emitida pelo órgão previdenciário (fls. 08), em que se atesta a sua condição de dependente do *de cujus* Francisco Ricardo Alves da Silva. Entretanto, resta esclarecer que tal certidão data de 22 de março de 2006, tendo sido requerida apenas em 29 de novembro de 2005, vale dizer, mais de 2 (dois) após a expedição do respectivo alvará judicial e trânsito em julgado da respectiva ação, deduzindo-se com tal fato que, à época de tal procedimento, a recorrente não se apresentava habilitada a concorrer ao recebimento do *quantum* liberado com os demais dependentes, motivo por que, repise-se, não há que se suscitar preterição de direito, ou mesmo reparação civil, sob pena de se caracterizar enriquecimento sem causa.

Resta patente, portanto, a ausência de interesse de agir da apelante, eis que, além dos valores por ela discutidos referirem-se a um ano bem posterior à finalização do vínculo matrimonial, o seu nome sequer constava no rol dos dependentes habilitados perante a Previdência Social, desatendendo, por mais esse motivo, as exigências da Lei 6858/80, de forma que se conclui ter sido acertada a sentença proferida pelo magistrado singular.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, entretanto, para lhe negar provimento, confirmando integralmente a sentença de 1° grau, em consenso com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2012.

Número Único 0002882-54.2004.8.06.0000
Apelação Cível de Croatá
Apelante: Valmir Rodrigues dos Santos
Apelada: Nacional Gás Butano Distribuidora Ltda.
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAS. INCÊNDIO RESIDENCIAL. DEFEITO EM BOTIJÃO NÃO COMPROVADO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO FABRICANTE AFASTADA. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO. 1. A querela em exame deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade civil objetiva do fabricante, vez que se trata de incêndio decorrente de suposto defeito na fabricação de botijão de gás; 2. É dispensável a constatação de culpa por parte da empresa, segundo determina o art. 12, § 1º, do CDC; 3. De acordo com o art. 333, inciso I, do CPC, cumpre ao autor provar suas alegações; 4. Não foi comprovado nenhum defeito no produto, vez que os laudos não apontaram neste sentido, nem os depoimentos testemunhais asseguraram a sua ocorrência; 5. Ausentes os elementos que ensejam a reparação de dano, não há que se falar em dever de indenizar; 6. Sentença mantida; 7. Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002882-54.2004.8.06.0000 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

VOTO

Tudo visto e examinado. Não se vislumbra vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Estão atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 506 e 513, do CPC, motivo de conhecer do recurso.

Nas suas razões recursais, o apelante pretende a reforma da sentença *a quo*, e, para tanto, aduz que o incêndio foi causado por defeito no botijão de gás fornecido pela apelada. Na defesa da sua tese, aponta o resultado do Laudo Pericial do Instituto de Criminalística. Diz que a sentença *a quo* se baseou, tão somente, na perícia realizada meses depois do sinistro. Afirma que os documentos e depoimentos constantes nos autos apontam a responsabilidade da apelada no dever de indenizá-lo.

A querela em exame deve ser analisada sob a ótica da responsabilidade civil objetiva do fabricante, vez que, segundo o apelante, se trata de incêndio decorrente de defeito na fabricação do produto, *in casu*, o *plug* fusível do botijão de gás fabricado pela promovida/apelada. Portanto, imperioso afirmar que é dispensável a constatação de culpa por parte da empresa, segundo determina o art. 12, § 1º, do CDC, *in verbis*:

> "Art. 12 – **O fabricante**, o produtor, o construtor, nacional ou estrangeiro, e importador **respondem, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos decorrentes** de projeto, **fabricação**, construção, montagem, fórmulas, manipulação, apresentação ou acondicionamento de seus produtos, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua utilização e riscos.
>
> § 1º – **O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais. (…)." (destaquei).

Deste modo, para ser reconhecido o dever da empresa de indenizar o consumidor pelos danos ocorridos em razão do infortúnio, é necessário, tão somente, a existência de nexo causal entre o suposto defeito no produto e o resultado causado.

A responsabilidade civil do empresário surge quando existem eventuais defeitos nos produtos postos por ele em circulação e estes defeitos ocasionem danos aos consumidores.

Todavia, registre-se que, nesta situação, a responsabilidade objetiva só poderia ser afastada em decorrência da presença de uma das suas excludentes, consoante prevê o art. 12, § 3º e seus incisos, do CDC.

A este respeito, o jurista Sergio Cavalieri Filho[1] pondera:

> "(...) a principal causa de exclusão de responsabilidade do empresário será a inexistência de defeito. Se o produto ou serviço não tem defeito não haverá relação de causalidade entre o dano e atividade empresarial. O dano terá decorrido de outra causa não imputável ao fornecedor de serviço ou fabricante do produto".

É bem verdade que resta incontroversa a circunstância de que houve destruição na residência do apelante, bem como a morte dos seus familiares em razão do incêndio. Incontroverso, também, que o vasilhame de gás é de fabricação da empresa recorrida.

Cinge-se, portanto, a solução da lide em ser constatado se o estado de conservação do botijão de gás, com possíveis remendos e a apresentação de defeito teriam ensejado a ocorrência dos danos suportados pelo consumidor e seus familiares.

1 *In:* **Programa de Responsabilidade Civil**, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010, p. 185.

O primeiro Laudo Pericial apresentado aos autos, fls. 17/20, traz, entre outras informações, a conclusão de *"pelo excessivo volume de gás extravasado, como questão sobreveniente de causa e efeito, entendem os técnicos que tenha o vazamento se operado através do plug fusível"*.

Posteriormente, no curso do processo, às fls. 182/193, consta Laudo Pericial Técnico da lavra de engenheiro mecânico nomeado em juízo, cujos levantamentos periciais apontaram no sentido de que: i) havia vestígio de desgaste pelo uso do produto; ii) inexistiam remendos no recipiente, na realidade, tratava-se de uma plaqueta de identificação de requalificação, realizada de acordo com as normas técnicas; iii) o *plug* fusível é um dispositivo de proteção, que a partir de uma temperatura em torno de 64º C, libera o gás do interior do botijão, impedindo o aumento da pressão interna do produto e, por consequência, evitando sua explosão; iv) era pouco provável a ocorrência de falha no *plug* fusível; e, por fim, v) não pode ser atribuída a causa do vazamento que originou o incêndio, em razão da ausência do exame dos equipamentos complementares e as condições de uso do conjunto.

Ainda, a fl. 220, o perito técnico, em esclarecimento à indagação de que "na hipótese de o material complementar estar intacto e de ter sido usado adequadamente o conjunto, existe a possibilidade de o recipiente periciado ser o causador do vazamento ocorrido", disse: **Não, pelo estado que se apresentava o recipiente não há essa possibilidade.** (grifo original).

Os depoimentos das testemunhas, embora, atestem, de forma genérica, a existência de vazamento de gás pelo botijão, são controvertidos ao apontar por qual orifício o gás era emitido, *in verbis*:

> *"O depoente constatou que havia nesse botijão um remendo, e que desse remendo provinha o vazamento do gás acima aludido. O depoente pôde constatar ainda que o vazamento decorria de um furo existente no referido remendo"*. (1ª Testemunha: João Ribeiro de Sousa, fl. 226).
>
> *"O depoente não se recorda de haver algum remendo no aludido botijão. Recorda-se o depoente de ter visto um vazamento de gás decorrente do 'tampão' do botijão, ou seja, o gás provinha do próprio botijão e saia pelo único orifício do botijão"*. (2ª Testemunha: Manoel Messias de Almeida, fl. 227).
>
> "Percebeu o depoente que havia um remendo nesse botijão, e que era justamente desse remendo que provinha o vazamento, através de um pequeno buraco". (3ª Testemunha: Maurício Bezerra de Araújo, fl. 228).
>
> "Pôde ver que o botijão estava vazando pela válvula, ocasião em que o depoente ainda colocou sabão na válvula a fim de tentar conter o vazamento, e depois disso o depoente apreendeu o mencionado botijão e o encaminhou ao Fórum. Afirma o depoente que ouviu o sr. Hermano comentar que o frequentemente ocorriam vazamentos daquele tipo e que

> quando isso ocorria ele, Hermano, costumava fazer troca na empresa Gás Butano, responsável pela entrega. Anote-se que o sr. Hermano era dono do Posto Santa Fé, estabelecimento responsável pela distribuição de botijão de gás. (4ª Testemunha: Antônio Valmir Pereira Vieira, fl. 236).

É imperioso ressaltar que, conforme conclusão do Laudo Pericial Técnico, fls. 185 e 189, inexistia remendo no vasilhame que possibilitasse o escapamento do gás em sua decorrência. O que foi apontado pelas testemunhas como tal, na realidade, era a plaqueta de identificação de requalificação.

Diante destas considerações, pode-se constatar que não foi comprovado nenhum defeito no produto, vez que os laudos não apontaram neste sentido, nem os depoimentos das testemunhas asseguraram a sua ocorrência, ausente, portanto, o nexo causal que ensejaria o dever de indenizar o autor pelo danos ocorridos na sua residência e com seus familiares.

Assim, embora o apelante insista na tese da existência de defeito no produto e que este teria sido a causa do desastroso evento, o certo é que, de acordo com o art. 333, inciso I, do CPC, cumpre ao autor provar suas alegações, o que de fato não ocorreu na espécie, pois, os documentos trazidos aos autos pelo apelante são inconsistentes a ensejar a procedência do seu pedido.

Corroborando com as disposições acima adotadas, acosto decisão do e. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, textualmente:

> "EMENTA: "Agravo retido. Reiteração nas razões de apelo. Ausência de prejuízo pela não abertura de prazo para resposta. Decisão que encerra fase instrutória e, por via oblíqua, indefere prova testemunhal. Protesto genérico, sem demonstração da pertinência e prevalência da prova. Recurso conhecido, mas não provido. **Responsabilidade civil. Danos materiais decorrentes de incêndio em estabelecimento comercial, supostamente oriundo de defeito em botijão de gás. Improcedência. Inconformismo pelo autor. Relação de consumo intrincada entre as partes. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Teoria do risco de atividade: responsabilidade objetiva do fornecedor. Não comprovado nexo etiológico entre a conduta imputada ao fornecedor, de distribuição e comercialização de produto, e série de consequências danosas porventura experimentadas pelo autor. Provado fato impeditivo do direito da autora (art. 333, II, CPC), simultaneamente considerado como excludente de responsabilidade no estatuto consumerista: impossibilidade de declaração de que o produto fora comercializado com defeito (art. 12, § 3º, inciso II, CDC).** Sentença mantida. Recurso desprovido". (APC nº 9193023-45.2006.8.06.0000, 9ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. PIVA RODRIGUES, Julgado em: 26/04/2011). (destaquei).

Desta forma, diante do exposto, conheço do recurso de apelação interposto

pelo apelante, vez que apto e tempestivo, mas para negar-lhe provimento, mantida a decisão recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 3035-84.2007.8.06.0064/1
APELANTE: ESPLANADA HOTEIS S/A
APELADOS: FRANCISCO COSMO CAVALCANTE E RAIMUNDA DE SIQUEIRA CAVALCANTE
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
COMARCA: CAUCAIA
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE. PRELIMINARES.INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO DE 1º GRAU. REJEITADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONVERTIDO EM RETIDO. AUSÊNCIA DE REQUERIMENTO EXPRESSO. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO RETIDO ORAL NÃO PROVIDO. TURBAÇÃO CARACTERIZADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1 – Arguição de nulidade do processo rejeitada, em virtude da incompetência absoluta do juízo de 1º grau rejeitada.

2 – Agravo de instrumento convertido em retido não conhecido, ante a ausência de pedido expresso nas razões do apelo (art. 523, caput e §1º, do CPC).

3 – Há requerimento da apelante de apreciação do outro agravo retido interposto oralmente em audiência de conciliação.

4 – Inocorrência de cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado considera o processo suficientemente instruído e apto a ser julgado sem a produção de outras provas (art. 330, I, CPC). Agravo Retido conhecido e improvido.

5 – A Ação de Manutenção de Posse é cabível em caso de turbação, por estar o possuidor prejudicado na posse e não privado dela (Arts. 1.210, CC, e 926 a 931, CPC).

6 – Recurso apelatório conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e **discutidos** os presentes autos de apelação cível em que são partes, as acima indicadas, **ACORDA** a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por sua composição plenária, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso de apelação para NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível, fls. 696/753, interposto por ESPLANADA HOTEIS S/A, em face da decisão exarada nos autos da Ação de Manutenção de Posse com Pedido de Liminar, fls. 632/635, movida por FRANCISCO COSMO CAVALCANTE e RAIMUNDA DE SIQUEIRA CAVALCANTE, que julgou procedente o pedido inicial, confirmando o decisório liminar, fls. 111/112, e determinando, após o trânsito em julgado, expedição de mandado de manutenção de posse sobre o imóvel objeto da matrícula nº 21.396 do Registro de Imóveis de Caucaia.

Inconformada, a ré interpôs Embargos de Declaração, fls. 665/679, alegando obscuridade, contradição e omissão da sentença. Os aclaratórios não foram acolhidos pelo Juízo *a quo,* conforme decisão de fls. 681/682.

Em suas razões recursais, a apelante argumenta que a sentença, assim como a decisão que a complementa em sede de embargos declaratórios, merecem ser integralmente reformadas, em razão de inúmeros vícios de ordem processual e material. Argumenta, ainda, que os autores/apelados jamais exerceram qualquer ato possessório sobre a área em litígio.

Pugna, preliminarmente, pela incompetência absoluta do Juízo da 4ª Vara da Comarca de Caucaia para processar o feito originário, arguindo a nulidade do processo e, consequentemente, da sentença ora recorrida, e pela apreciação do agravo retido *interposto oralmente em audiência de conciliação no dia 02/04/2009 (fls. 588)*. Requer, finalmente, que seja procedente o pedido contraposto de manutenção de posse em seu favor.

Em suas contrarrazões recursais, às fls. 773/814, os autores/apelados alegam não haver qualquer razão para reparo da decisão de primeiro grau. Afirmam que o imóvel em questão é de posse deles; que configurou-se a turbação contra essa posse e que o imóvel registrado no nome do apelante não se confunde com o imóvel dos autores. Aduzem ser o Agravo Retido descabido, uma vez que existe prova suficiente para embasar o julgamento do feito sem outros elementos probantes. Ao final, pedem que seja improvido o recurso apelatório.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Conheço do presente recurso, por preencher os requisitos de admissibilidade, observados os pressupostos intrínsecos e extrínsecos (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer e preparo).

Não obstante o volume do caderno processual e as extensivas argumentações desenvolvidas nas petições de ambas as partes, a questão não se apresenta de difícil

desate, eis que as provas documentais são bastante elucidativas, permitindo a formação de juízo de valor sem maior esforço de perquirição.

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO.

A apelante alega, preliminarmente, a incompetência do Juízo de Direito da 4ª Vara da Comarca de Caucaia, entendendo que a autoridade judiciária competente para apreciar o feito é o juízo da 1ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências de Fortaleza, segundo o que dispõe o art. 7º da Antiga Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45), por haver questões de interesse da Massa Falida de INCOSA ENGENHARIA.

Ocorre que o terreno da citada Massa Falida, de matrícula imobiliária nº 5.595, do Cartório de Registro de Imóveis de Caucaia/CE, pela discrição de limites e confrontações é vizinho ao terreno da empresa apelante e não tem relação com o terreno de propriedade dos autores/apelados, objeto desta ação, registrado sob número 21.396 do mesmo CRI de Caucaia.

Contudo, se existisse interesse em disputa a envolver direito da Massa Falida em alusão, como asseverado pelo apelante, a figura processual cabível seria a da oposição, nos termos dos arts. 56 e seguintes do CPC, a ser aviada por aquela, e, nesta hipótese, ad argumentando, a competência da 4ª Vara da Comarca de Caucaia estaria preservada, a teor do que dispõe o Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, nos termos seguintes:

> **Art. 113.** Aos Juízes de Direito das Varas de Falências e Concordatas compete processar e julgar:
> **I -** as falências e concordatas;
> **II -** os feitos que, por força de Lei, devam ter curso no juízo da falência ou da concordata, inclusive os crimes de natureza falimentar;
> **III -** as causas, inclusive os processos crime, nos quais as instituições financeiras, em regime de liquidação extrajudicial, figurem como parte, vítima ou terceiro interessado;
> **IV -** as execuções por quantia certa contra devedor insolvente, inclusive o pedido de declaração de insolvência;
> **V -** as cartas precatórias oriundas de Juízes competentes para processar os feitos que devam ter curso no juízo da falência ou da concordata, nos termos definidos em Lei;
> **VI -** os processos que tratem de crimes falimentares.

E, ainda, o art. 95 do CPC, estabelece que:

> **Art. 95** - Nas ações fundadas em direito real sobre imóveis é competente o foro da situação da coisa. Pode o autor, entretanto, optar pelo foro do domicílio ou de eleição, não recaindo o litígio sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova.

Mutatis mutandis, a Súmula 11 do STJ confirma a competência estabelecida nos termos do dispositivo supra, in verbis:

> **STJ Súmula nº 11 -** A presença da União ou de qualquer de seus entes, na ação de usucapião especial, não afasta a competência do foro da situação do imóvel.

A seu turno, a jurisprudência desta Corte de Justiça e do STJ comungam do mesmo entendimento, conforme ressai dos acórdãos a seguir:

> "Conflito de competência. Ação de nulidade. Massa Falida Encol. Foro da Situação do Imóvel.
> **I - A competência para processar e julgar ação fundada em direito real sobre imóvel é o do lugar onde estiver a coisa. Precedentes.**
> II - Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 6a. Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal."
> (Conflito de Competência nº 34.393 - GO (2002/0007322-0), Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, segunda seção, 25/04/2005)

> "USUCAPIÃO ESPECIAL. **AÇÃO PROMOVIDA CONTRA MASSA FALIDA. COMPETENCIA DO FORO DA SITUAÇÃO DO IMOVEL.** NOS CASOS DE FORO ESPECIALIZADO PREVISTO EM LEI, COMO NO CASO DO USUCAPIÃO ESPECIAL - LEI 6969/81, ART. 4., NÃO PREVALECE O FORO DITO UNIVERSAL DA FALENCIA, COMO PREVISTO NO ART. 7. PARAGRAFOS 2. E 3. DO DEL. 7661/45. CONFLITO DE COMPETENCIA CONHECIDO, DECLARANDO-SE COMPETENTE O JUIZO SUSCITADO, DA SITUAÇÃO DO IMOVEL."
> (Processo CC 2136 / SP CONFLITO DE COMPETENCIA 1991/0011764-1, Rel. Min. ATHOS CARNEIRO, SEGUNDA SECAO, 25/03/1992)

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. COMPETÊNCIA. AÇÃO DE USUCAPIÃO PROPOSTA EM FACE DE MASSA FALIDA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL ABSOLUTA DO FORUM REI SITAE. ART. 95 DO CPC E ENUNCIADO Nº 11 DA SÚMULA DA JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE DO C. STJ. NÃO RECONHECIMENTO DA VIS ATTRACTIVA DO JUÍZO UNIVERSAL DA FALÊNCIA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. O deslinde da presente demanda gira em torno da constatação de qual das regras deve prevalecer nos casos em que a massa falida figura no pólo passivo de ação de usucapião: o art. 95 do CPC, que estabelece a competência absoluta do foro da situação do imóvel em ações reais de tal natureza, ou o art. 76 da Lei Falimentar, que trata do juízo universal da falência.
> **2. A competência territorial é, em regra, relativa, no entanto, casos há em que o legislador, buscando facilitar a colheita de provas e assegurar que o julgador exerça da melhor maneira possível suas funções, excetua tal regra, determinando ser absoluta a competência fixada em razão do lugar. Nesse diapasão, estabelece a parte final do art. 95 do CPC que é o foro da situação da coisa o competente para apreciar e julgar as ações reais imobiliárias que versem, dentre outros, sobre o direito de propriedade.**
> 3. Estabelece o art. 76 da Lei n. 11.101 de 2005, na esteira do art. 7º, 2º

> e 3º, do Dec.-lei nº 7.661/1945, que o juízo falimentar é competente para todas as causas sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo. Institui, pois, o juízo indivisível da falência.
> **4. Afigura-se razoável concluir, in casu, pela não aplicação da vis attractiva do juízo falimentar à ação originária de usucapião, tendo em vista a competência absoluta do foro da situação da coisa para o desate de ações reais imobiliárias versantes sobre propriedade, bem como em razão da necessidade de vasta instrução probatória para instruir feitos de tal natureza, tornando, assim, conveniente, a prevalência da competência do forum re**i sitae.
> 5. Agravo de Instrumento conhecido e provido."
> (Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo nº 323730200580600000, Rel. Des. RAUL ARAÚJO FILHO, 1ª Câmara Cível, 15/09/2009)

Tem-se, portanto, estabelecida a competência absoluta do Juízo da 4ª Vara da Comarca de Caucaia para processar e julgar o presente feito, como ocorrera, sem perder de vista a inexistência de direito da Massa Falida INCOSA ENGENHARIA a ser protegido nos presentes autos.

Preliminar rejeitada.

PRELIMNAR DE APRECIAÇÃO DE AGRAVO RETIDO.

Verifico a existência de agravo de instrumento convertido em retido nos autos, todavia constitui pressuposto específico dessa espécie recursal, o requerimento expresso, nas razões ou contrarrazões da apelação, para sua apreciação no Tribunal. Inexistindo o pedido, como ocorre *in casu*, não conheço do recurso de Agravo de Instrumento, convertido em Retido nº 12027-32.2007.8.06.0000/0, diante da ausência de tal requerimento nas razões do apelo.

Por outro lado, através de arguição preliminar, a apelante requer a apreciação de outro agravo retido interposto oralmente na audiência de conciliação realizada no dia 02/04/2009 (fls. 588/589), quando o juiz a quo anunciou o julgamento antecipado da lide.

Desta feita, como houve requerimento expresso para apreciação somente desse agravo retido interposto oralmente na citada audiência de conciliação, dele conheço e passo a analisá-lo.

Alegou, nessa oportunidade, a ocorrência de cerceamento de defesa em desfavor da empresa apelante/promovida, pela não admissão da produção de provas aduzidas desde sua primeira manifestação nos autos, nos termos seguintes:

> "MM. Juiz. Impede à promovida insurgir-se contra a determinação de julgamento antecipado da lide tendo em vista os requerimentos formulados na contestação de fls. 121/157, que visam à produção de provas além da documental. (…), razão pela qual insiste na oportunidade para a produção

> de provas além da documental acostada aos autos. Para a hipótese de manter-se a respeitável decisão, pede seja a manifestação recebida como agravo retido para oportuna apreciação pelo Egrégio TJ-Ce em sede de eventual apelação."

O juiz de primeira instância entendeu desnecessária a produção de prova pericial e em audiência, por considerar que os documentos constantes dos autos eram suficientes para a análise da lide e que a disputa da posse do imóvel se dava com base no domínio, a teor da Súmula 487 do STF e do art. 330, inciso I, do CPC, anunciou o julgamento do feito sem outras provas.

Não ocorreu, porém, cerceamento de defesa na hipótese, uma vez que o magistrado condutor do feito, percebendo que o processo se encontrava suficientemente instruído e apto a ser julgado antecipadamente sem a produção de demais provas, indeferiu a súplica, o que encontra respaldo no art. 130 do CPC, *in verbis*:

> **Art. 130** - Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Em se tratando de pedido de perícia, o julgador tem o poder-dever de indeferi-lo fundamentado nos ditames do parágrafo único, do art. 420 do CPC, identificando situações que se amoldam aos incisos do citado dispositivo, *ipsis litteris:*

> **Art. 420** - A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.
> **Parágrafo único -** O juiz indeferirá a perícia quando:
> **I** - a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnico;
> **II** - for desnecessária em vista de outras provas produzidas;
> III - a verificação for impraticável.

Nesse sentido, são os julgados deste Tribunal de Justiça, in verbis:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL TRIBUTÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS A EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. DÉBITO. DÍVIDA ATIVA. CDA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. TAXA SELIC. CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS.
> **1 - Em primeiro lugar, esta colenda 5ª Câmara rejeita a preliminar de cerceamento de defesa, haja vista que o julgamento antecipado do feito não implica cerceamento de defesa, caso a matéria seja exclusivamente de direito e o magistrado entenda que o processo se encontra suficientemente instruído e apto a ser julgado sem a produção de provas.**
> (...)
> 7. Recurso conhecido e não provido.

8. Sentença confirmada."
(Apelação 79469815200080600011, Rel. Des. FRANCISCO BARBOSA FILHO, 5ª Câmara Cível, 10/08/2011)

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO RETIDO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDAS. ART. 585, II, DO CPC. FALTA DE ASSINATURA DE UMA TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE FORÇA EXECUTIVA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
1. Preliminarmente, **a apelante requer a apreciação do agravo retido interposto em virtude da ocorrência de cerceamento de defesa, pela não admissão da produção de provas. Ora, não ocorre cerceamento de defesa na hipótese em que o magistrado considera que o processo se encontra suficientemente instruído e apto a ser julgado antecipadamente sem a produ**ção de provas.
2. Não constitui título executivo o instrumento de confissão de dívidas que não preenche os requisitos do artigo 585, II, do Código de Processo Civil, porquanto ausente assinatura de uma das testemunhas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. Agravo retido conhecido e não provido. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada para julgar procedentes os Embargos à Execução, extinguindo, por conseguinte, a Ação Executiva."
(Apelação 882353200280600000,Des. Rel. CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, 5ª Câmara Cível. 28/07/2011)

Igualmente, apontam os arestos do STJ, a seguir:

"AGRAVO REGIMENTAL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL. AÇÃO DE DESPEJO. **CERCEAMENTO DE DEFESA POR JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ.** INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE COTEJO ANALÍTICO ENTRE O ACÓRDÃO PARADIGMA E OS ARRESTOS COLACIONADOS. DECISÃO MANTIDA.
1. Não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a produção de prova testemunhal. Hão de ser levados em consideração o princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, que, nos termos do art. 130 do Código de Processo Civil, permitem ao julgador determinar as provas que entende necessárias à instrução do processo, bem como o indeferimento daquelas que considerar inúteis ou protelatórias. Revisão vedada pela Súmula 7 do STJ.
2. O conhecimento do recurso fundado na alínea "c" do permissivo constitucional pressupõe a demonstração analítica da alegada divergência. Para tanto, faz-se necessário a transcrição dos trechos que configurem o dissenso, mencionando as circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.
3. Agravo regimental não provido."
(AgRg no AgRg no Ag 1295948 / SC AGRAVO REGIMENTAL

> NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0064293-2, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, 23/08/2011)
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARTS. 132, 330 E 332 DO CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONCESSÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA PELO TRIBUNAL A QUO COM AMPARO NO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
> **1. O art. 330 do CPC permite ao magistrado julgar antecipadamente a lide se esta versar unicamente acerca de questões de direito ou, sendo de direito e de fato, não houver a necessidade de produção de provas em audiência. O deferimento do pedido de produção de provas, desse modo, está vinculado à livre convicção do juiz.**
> **2. O indeferimento da produção de determinada prova pelo magistrado a quem aquela se destina, por considerá-la desinfluente para o deslinde da controvérsia, não consubstancia cerceamento de defesa.**
> 3. O Tribunal de origem, com base na análise do acervo fático-probatório dos autos, refutou a alegação de cerceamento de defesa, bem como concluiu que a prova que se pretendia produzir não seria capaz de elidir as provas preexistentes de hipossuficiência da parte agravada. A desconstituição das conclusões supracitadas demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório valorado pela Corte Estadual, o que é vedado nesta instância, a teor da Súmula 7/STJ.
> 4. Agravo regimental improvido."
> (AgRg no Ag 1392417 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2011/0037111-0, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, 18/08/2011)

Evidencia-se dos autos que uma perícia ou depoimentos testemunhais, não seriam capazes de modificar a situação posta, em que se confrontam as provas documentais – escrituras públicas, certidões imobiliárias, memoriais descritivos, mapas e fotos – concluindo serem distintos os imóveis pertencentes aos litigantes, sem a necessidade de outros meios probantes.

Constata-se, assim, sem maior esforço, que a questão em apreço prescinde de dilação probatória, haja vista envolver matéria unicamente de direito e os fatos independerem de outras provas, além daquelas carreadas aos autos, agindo acertadamente o magistrado no julgamento do feito pronto ao deslinde da causa, o que se acha confirmado na decisão meritória.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Vencidas as preliminares, passo ao exame meritório do apelo.

Mister ressaltar as diferenças existentes entre os imóveis questionados na presente lide, pois a área em que está situado o imóvel de matricula nº 8.481 (registrado no nome da apelante) não é coincidente com aquela em que se encontra o imóvel de

matrícula nº 21.396 (registrado no nome do apelado), a partir dos dados constantes dos respectivos documentos cartorários que ostentam as partes litigantes, evidenciados neste átimo.

O imóvel registrado em nome da empresa-ré é um terreno de forma irregular, desmembrado da Gleba F-4, situado no lugar PANAN, à margem do Lago da Barra Nova, cujos limites e medidas são: ao sul, com a estrada que liga o Icaraí à Tabuba, medindo 248m (duzentos e quarenta e oito metros); ao norte, com com o Oceano Atlântico, medindo 250m (duzentos e cinquenta metros); ao nascente, com as terras pertencentes a Master Incosa Engenharia, medindo 306,92m (trezentos e seis metros e noventa e dois centímetros); e, ao poente, com a Rua Leste da Praia da Tabuba, medindo 371,92m (trezentos e setenta e um metros e noventa e dois centímetros), com área de 80.643,50 m² (fls. 28).

Por sua vez, o imóvel registrado em nome dos apelados, situado na Praia da Tabuba, no lugar denominado Maceió dos Macários, apresenta a seguinte descrição: "frente para a Rodovia CE-090, fazendo esquina no rumo poente com uma rua sem denominação oficial, distanciando 561,14m no rumo nascente para a cabeceira oeste da ponte do sangradouro da Barra Nova, com área de 10,00 ha, medindo e extremado ao SUL, frente, em três segmentos de linha reta a partir da direção oeste-leste: o primeiro de 166,02m do ponto P4 ao ponto P3; o segundo segmento de 109,21m do ponto P3 ao ponto P2; e o terceiro e último segmento de 58,10m, do ponto P2 ao ponto P1, num total de 333,33m, todos com a Rodovia CE-090; ao NORTE, fundos, em 333,33m, do ponto P6 ao ponto P5, com terreno de marinha; ao OESTE (poente), lado direito, em 300m, do ponto P5 ao ponto P4, com rua sem denominação oficial; ao Leste (nascente), lado esquerdo, em 300m, do ponto P1 ao ponto P6, com um terreno com frente para a Rodovia CE-090, pertencente a Francisco Cosmo Cavalcante (fls. 23).

Comparando as descrições acima transcritas, percebe-se, sem dificuldade que, enquanto o imóvel da apelante se situa à margem do Lago da Barra Nova, com limite, ao norte, com o Oceano; o terreno pertencente aos apelados limita-se, ao norte, com terras de marinha, distando 561,14m (quinhentos e sessenta e um metros e quatorze centímetros) do sangradouro da Barra Nova. Ao exame das plantas baixas carreadas aos autos, percebe-se visivelmente a distância de ambos os imóveis destes pontos limítrofes.

Da matrícula mãe 8.113 que originou a mat. 1.676, que por sua vez originou a mat. 2.194 e, finalmente, desta a mat. 8.481 de titularidade da empresa/apelante, constata-se de todas elas, sem exceção, limites com a margem do lago Barra Nova, no lugar denominado PANAN.

Diferentemente da descrição do imóvel pertencente aos recorridos, que consigna o nome daquele acidente geográfico, para registrar que dista 561,14m no rumo nascente para a cabeceira oeste da ponte do sangradouro da Barra Nova, estando situado em outro logradouro denominado Maceió dos Macacos, na praia da Tabuba.

Por outro prisma, os demais limites e confinantes são distintos para os imóveis em apreço, em nada coincidindo a ensejar a menor dúvida tratar-se ao menos de

superposição mínima de áreas. Até mesmo a questão levantada pela recorrente de haver interferência no terreno da Massa Falida da Incosa, opõe-se ao seu raciocínio, pois nos mapas por ela apresentados, este fica à direita (lado nascente) do imóvel do apelante, portanto, sem limites com o terreno dos apelados, que fica distante 561,14m da Barra Nova – lado nascente.

A rigor, a ausência de intervenção da recitada Massa Falida nos autos descredencia a tese meritória da ré/apelante sobre envolver os imóveis desta e daquela em conflito com a área pertencente aos apelados. Nem mesmo a provocação do apelante (fls.607/612) ao Juízo da Massa Falida foi capaz de motivar a sua confinante a litigar neste processo, o que denota improcedência do argumento, a fragilizar ainda mais a inconsistente defesa oblíqua.

Note-se que o único ponto em comum entre as duas propriedades é o limite com a estrada que liga o Icaraí à Tabuba, sem que sirva para estabelecer que se tratam de imóveis contíguos, inferindo-se sejam paralelos, nada mais, por isso, distintos.

Em consequência, se os imóveis estão localizados paralelamente e não confinantes, não se superpõem, portanto. Os autores/apelados comprovam a situação do seu imóvel por meio de planta baixa e da foto aeroplanimétrica (fls. 24/27), demonstrando que os terrenos descritos nas matrículas imobiliárias em confronto não se tratam das mesmas glebas. De tais documentos, visualiza-se distância considerável desse terreno para a Barra Nova, enquanto o imóvel da apelante margeia este lago, segundo a descrição imobiliária respectiva (fls. 28/29).

Pelo mapa (fls. 243) apresentado pela apelante, sem maiores detalhes de identificação visual da situação da área em que se acha encravado o imóvel, vê-se, de logo, que é diferente da planta (fls. 24) e das características do imóvel pertencente aos apelados, visto que a distância do terreno dos apelados é de 561,14m da Barra Nova, enquanto o terreno da apelante tem limite com este acidente geográfico, o qual não aparece no recitado mapa de fls. 243.

Registre-se, ainda, que a foto aeroplanimétrica (fls. 26) mostra visivelmente a distância que a descrição imobiliária acusa do terreno dos apelados para a Barra Nova, enquanto do mapa (fls. 243) não há qualquer referência a esse logradouro que margeia o terreno da apelante.

Estes dados são relevantes para demonstrar que os imóveis em referência não estão situados na mesma área em disputa.

Alega ainda a apelante que, em nenhum momento, houve qualquer ato possessório por parte dos autores/apelados. Ocorre que, conforme se comprova da documentação acostada aos autos, os promoventes/apelados são os legítimos possuidores do imóvel objeto de matrícula nº 21.396, do Registro de Imóveis da Comarca de Caucaia, sem prova em contrário.

A origem dos imóveis pertencentes aos litigantes é outra marca diferencial. Comparando-se os documentos acostados aos autos de ambos, vê-se claramente que os limites e confrontações deles não coincidem, mesmo considerando a maior porção (mat.

mãe 8.113) que deu origem à parte desmembrada (mat. 8.481) em nome da empresa apelante Esplanada Hotéis S/A.

Os autores/apelados comprovam, ainda, a posse, através do seu reconhecimento pela Sentença do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Caucaia, nos autos do processo nº 2000.0141.6865-1 (Ação Ordinária de Reivindicação), acostada aos autos às fls. 41/104, autorada por João Pereira Duarte e sua mulher, Shirley de Souza Duarte. Tal decisão transitou em julgado, estando protegida pela segurança jurídica.

Tem-se, desta feita, a prova material inequívoca da posse centenária das partes apeladas, através das decisões supracitadas, corroborada no documento de matrícula mobiliária de nº 21.396 do Registro de Imóveis da comarca de Caucaia (fls. 414 e 491), imóvel este que não se confunde com o imóvel de propriedade da parte ora apelante, o qual está registrado sob nº de matrícula 8.481 do mesmo Registro de Imóveis, conforme se atesta nas fls. 411/413 e 488/489 dos presentes autos.

A posse anterior dos apelados é outra nuance que merece destaque para consolidar o direito invocado nesta ação possessória. É que ela tem passado longínquo – centenária reconhecida judicialmente em disputa que lhes conferiu tal posse, enquanto a posse invocada pela apelante é bem posterior, o que denota ser legítima a reivindicação dos apelados, baseada em justo título.

Pouco importa se o registro imobiliário dos apelados se deu em tempo recente. Tal fato não descaracteriza a posse deles, como quer fazer crer a apelante, considerando o reconhecimento judicial do exercício da posse há muitos anos (ação reivindicatória), o que lhes conferiu o registro dominial cartorário, a posteriori, nos termos do acórdão (fls. 102/104) proferido nos autos do Proc.: 2000.0012.1407-2.

Diante disso, resta inquestionável a posse dos autores, preenchendo o requisito presente no inciso I, do art. 927 do Código de Processo Civil*, in verbis:*

> **"Art. 927** - Incumbe ao autor provar:
> **I** - a sua posse;
> **II** - a turbação ou o esbulho praticado pelo réu;
> **III** - a data da turbação ou do esbulho;
> **IV** - a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração."

Os autores/apelados comprovam a turbação sofrida quando, ao exercerem regularmente atos de gestão do imóvel, delimitando-o com estacas, foram surpreendidos com a subtração destas, demonstrada através dos documentos acostados às fls. 37/40, que certifica a existência de boletim de ocorrência sob nº 459/2006. Comprova, também, a data da turbação sofrida, por meio de documentos de fls. 37/40, onde o representante da empresa promovida narra suposta invasão de domicílio. Por fim, comprovam a continuação da posse, mesmo após a turbação.

Isto posto, os autores/apelados demonstram todos os requisitos legais presentes no art. 927, do CPC, para a manutenção possessória, não havendo dúvidas

sobre a posse centenária por eles continuada.

Ressalte-se ainda que o Título Aquisitivo dos autores/apelados advém de decisão exarada nos autos da Ação Reivindicatória (proc. Nº 2000.0141.6865-1), transitada em julgado, conforme demonstrado no presente feito (fls. 66/80).

Por outro prisma, os autores/apelados, titulares do domínio do imóvel em liça e o jus possidendi do mesmo, tem a prerrogativa de exercer a proteção possessória e a legítima defesa da posse, a teor da Súmula 487 do Supremo Tribunal Federal*, in verbis:*

> **Súmula nº 487/STF** - "Será deferida a posse a quem, evidentemente, tiver o domínio, se com base neste for ela disputada."

Desta feita, além de estarem, comprovadamente, na posse do imóvel, os apelados já comprovaram sua propriedade através dos documentos acostados aos autos anteriormente citados.

Sabe-se que a Ação de Manutenção de Posse é o remédio jurídico contra a turbação que seria uma ofensa mais branda à posse de um determinado bem, quando o possuidor é prejudicado no exercício pleno dela, e não privado. O possuidor tem, portanto, direito a ser mantido na posse, em caso de turbação e reintegrado no de esbulho. No caso, a ofensa à posse dos apelados pela turbação restou comprovada nos autos.

Em arremate, assim entendeu o magistrado de primeira instância, ao agasalhar o pleito autoral nos termos dos arts. 926 e 1.210, do Código de Processo Civil e do Código Civil, respectivamente, *in verbis.*

> **"Art. 926 - O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho."**
>
> **"Art. 1.210**. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado.
> **§ 1º** O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.
> **§ 2º** Não obsta à manutenção ou reintegração na posse a alegação de propriedade, ou de outro direito sobre a coisa."

Entendimento sonante à situação posta, emerge dos arestos desta Corte de Justiça abaixo:

> **"**APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ALTERAÇÃO DE CERCAS ENTRE IMÓVEIS POR INICIATIVA DO RÉU. FATO CONFIRMADO PELA PROVA TESTEMUNHAL. ESBULHO CARACTERIZADO. APELAÇÃO CONHECIDA E

IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
1. Nos termos do art. 927 do Código de Processo Civil, a procedência do pedido possessório depende da prova do exercício da posse pelo autor, da demonstração da turbação ou esbulho praticado pelo réu, da data da referida agressão e da continuação ou perda da posse.
2. No caso vertente, **o autor/apelado logrou êxito em comprovar os requisitos necessários para a procedência da presente demand**a, visto que as provas testemunhais demonstraram que o terreno em conflito estava sob a sua égide e que o réu/apelante, ao alterar o local da cerca divisória, avançou nas suas terras, praticando esbulho.
3. Apelação Cível conhecida e improvida."
(Apelação 44455683200080600000, Des. Rel. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, 6ª Câmara Cível, 02/08/2011)

"PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE AJUIZADA POR GILBERTO MOITA E ESPOSA. AÇÃO DE MANUTENÇÃO DE POSSE AJUIZADA POR IZAÍAS DE SOUZA AGUIAR E ESPOSA. REVELIA EM AMBAS AÇÕES, PORÉM NÃO LHES SENDO APLICADOS OS EFEITOS. AÇÕES APENSADAS ANTE A CONEXÃO ENTRE ELAS. MAGISTRADO JULGOU PROCEDENTE A AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO A MANUTENÇÃO DE POSSE. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
(...)
5. Ação de Manutenção de posse: Esta ação defende a turbação da posse que seria uma ofensa mais branda, de modo que o possuidor é prejudicado na posse e não privado. A manutenção de posse está regulada pelos artigos 1.210 do Código Civil e 926 a 931 do Código de Processo Civil.
6. O possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação e reintegrado no de esbulho.
7. Os depoimentos testemunhais, aliados às provas documentais, apenas comprovam da veracidade dos fatos revelando-se acertada a sentença que julgou procedente a Ação de Reintegração de Posse e improcedente a Ação de Manutenção de Posse"
(Apelação 37035200280601731, FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, 5ª Câmara Cível, 07/07/2011)

No mesmo sentido, são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

"CIVIL. DIREITO DAS COISAS. POSSE. MANUTENÇÃO. AÇÃO DE ANO E DIA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. PROPRIEDADE. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. HIPOTECA. IRREGULARIDADE. TURBAÇÃO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EFETIVA VIOLAÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DA POSSE.
- A ação de ano e dia de manutenção de posse (art. 926 e segs. Do CPC) é medida cujo escopo específico é a obtenção, mediante um juízo de cognição sumária, de mandado judicial que faça cessar ato turbador.
- Ainda que o interesse da manutenção de posse não se esgote na

> **cessação do ato turbador – o art. 921 do CPC admite cumular ao pedido possessório o de: (i) condenação em perdas e danos; (ii) cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; e (iii) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse**
> – a presente ação não comporta discussão na seara dos direitos oriundos da propriedade, pois a recorrida se limita a defender sua posse.
> - Independentemente de a turbação ser qualificada como de fato ou de direito, não se pode olvidar que, em qualquer hipótese, a vis inquietativa somente se caracteriza se a violação efetivamente puser em xeque o usufruto da posse.
> - Confrontando-se a constituição de hipoteca e a posse, fica patente que aquela não gera qualquer efeito sobre essa. Em outras palavras, a hipoteca, por si só, não limita de nenhuma forma o pleno exercício da posse.
> Recurso especial conhecido e provido."
> (REsp 768102 / SC RECURSO ESPECIAL 2005/0119463-1 Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, 30/04/2008)

> "Possessória. Ação de manutenção. **Em caso de turbação, o possuidor tem direito a ser mantido na posse.** Decidida a causa à luz do contrato e das provas, não cabe a pretensão de seu reexame, a teor das Súmulas 5 e 7. Recurso especial não conhecido." (REsp 120692 / SP RECURSO ESPECIAL 1997/0012461-4 Rel. Min. NILSON NAVES, terceira turma, 10/05/1999)

De outra sorte, a apelante, ao demonstrar sua cadeia sucessória originária do desmembramento da Gleba F-4, situada no lugar PANAN, composto por parte do Sítio Buriti Apuá e do Sítio Poço Velho, não mencionou o senão que a desnatura; visto que, inicialmente, o imóvel de porção maior (mat. mãe 8.113), do qual se originou a parte desmembrada, o imóvel de matrícula nº 8.481 em nome da empresa apelante Esplanada Hotéis S/A, fora transmitido por João Pereira Duarte e Shirley de Souza Duarte, conforme se infere da certidão de fls. 170, no entanto o referido casal não detinha posse sobre a gleba.

A tentativa do referido casal em obter a posse do terreno sob registro de nº 8.481 foi negada por decisões já transitadas em julgado (Proc.: 2000.0141.6865-1), as quais reconheceram a usucapião em favor dos Macários. O direito dos apelados resta, pois, protegido pelo manto da coisa julgada, superando o pseudo direito decorrente de título precário invocado pela apelante.

Tal assertiva tem base fidedigna na documentação acostada às fls. 20/21 e fls. 41/104, destacando-se da decisão judicial pertinente o seguinte:

> "(...) JULGO IMPROCEDENTE a presente "AÇÃO DE REINVINDICAÇÃO" suscitada por JOÃO PEREIRA DUARTE e sua mulher SHIRLEY DE SOUSA DUARTE contra os Srs. FRANCISCO COSMO CAVALCANTE, RAIMUNDO CAVALCANTE, RAIMUNDA SOARES DO NASCIMENTO e respectivos cônjuges, o que tudo decido por reconhecer que estes exercem posse mansa, ininterrupta há mais de

> vinte (20) anos, sobre as áreas delimitadas pericialmente nestes autos." (fls. 80)

E, finalmente, o registro imobiliário deferido judicialmente com trânsito em julgado (Proc.: 2000.0012.1407-2) nos seguintes termos:

> "Face a possibilidade de suscitar a usucapião como matéria de defesa a luz do art. 7º da Lei 6969/81 (Usucapião especial), a sentença declaratória passada em julgado que o conhecer é título hábil para transcrição no registro imobiliário, impedir tal ato seria cercear um direito já líquido e certo." (fls. 102)

A prova material carreada aos autos milita em prol dos apelados, máxime a planta (fls. 24) e a foto aeroplanimétrica (fls. 26) que indica a distância de seu imóvel para a Barra Nova, em momento algum refutada pela apelante, que tergiversa sobre este ponto e apresenta planta extraída do site google para demonstrar a localização de seu imóvel, sem a menor consistência.

Enfim, a documentação registral cartorária apresentada pela ré/apelante não traz elementos coincidentes com a área pertencente aos autores/apelados, descrita e caracterizada de modo diferente daquela área prevista no registro imobiliário em nome de Esplanada Hotéis S/A.

A sentença vergastada bem avaliou a situação posta, identificou com precisão as divergências das áreas em conflito, decidindo com acerto sobre a procedência da ação.

Então, preenchidos os requisitos legais para manutenção da posse pelos autores/apelados e comprovadas a posse e o domínio destes sobre o imóvel em questão, não há que se falar em irregularidade da Sentença apelada, que está de acordo com a legislação pertinente e o entendimento dessa Corte de Justiça e dos Tribunais Superiores.

Por tais razões, conheço do presente recurso por ser próprio e tempestivo, **PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo a decisão recorrida integralmente.

É como voto.

Fortaleza, 28 de novembro de 2011.

Processo nº 0039216-50.2005.8.06.0001 - Apelação / Reexame Necessário
Partes:

Apelante: Município de Mulungu/CE
Apelada: Jaqueline Gurgel Mota
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto
Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESSARCIMENTO DE RECURSOS AO ERÁRIO, DECORRENTE DE SUPOSTO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PRATICADO PELA RECORRIDA. AUSÊNCIA DE PROVA DO ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA) E DO EFETIVO DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DECISÃO GUERREADA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. PRECEDENTES DO STJ. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I. *Ab intio,* não se conhece do reexame necessário, visto que o direito controvertido não excede a 60 (sessenta) salários-mínimos. Inteligência do artigo 475, §2º, do CPC.

II. O ponto controvertido na presente angulação recursal diz respeito a possíveis danos ao erário, resultantes de suposto ato de improbidade administrativa praticado pela apelada, a qual teria deixado de prestar contas referentes aos repasses da Secretaria da Educação Básica do Estado do Ceará, no valor R$ 11.167,31 (onze mil, cento e sessenta e sete reais e trinta e um centavos).

III. Os atos de improbidade administrativa, como é cediço, para acarretar a aplicação das medidas previstas nos casos em que atentam contra os princípios da administração pública, exigem a necessária presença de quatro elementos, quais sejam: sujeito ativo, sujeito passivo, ocorrência de ato danoso descrito em lei e elemento subjetivo: dolo ou culpa.

IV. Ocorre que, a documentação carreada pela municipalidade apelante aos autos, apesar de demonstrar a não prestação de contas dos valores recebidos em decorrência do aludido convênio, não evidencia a ocorrência de efetivo dano ao erário e, tampouco, um liame subjetivo entre a suposta conduta perpetrada pela recorrida e a alegada lesão à Fazenda Pública Municipal.

V. E, para hipóteses como a ora em tablado, a jurisprudência do Eg. Superior Tribunal de Justiça considera indispensável a prova de existência de prejuízo ao patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido.

VII. Dessarte, inexistindo prova do dano sofrido pelo erário, não há como se pleitear reparação com fulcro no art. 12, inciso III, da Lei n.º

8.429/92. Precedentes do TJ/CE.
VIII. REEXAME NECESSÁRIO NÃO CONHECIDO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E DESPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

VISTOS, DISCUTIDOS E RELATADOS OS PRESENTES AUTOS DE APELAÇÃO CÍVEL Nº 0039216-50.2005.8.06.0001, EM QUE SÃO PARTES AS PESSOAS ACIMA INDICADAS, ACORDA A PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, EM JULGAMENTO DE TURMA, POR UNANIMIDADE, EM CONHECER, DO APELO, PARA, TODAVIA, NEGAR-LHE PROVIMENTO, NOS TERMOS DO VOTO DO EMINENTE RELATOR.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Trata o presente caderno processual de Reexame Necessário e Apelação Cível, esta última tangida pelo Município de Mulungu/CE, adversando a v. sentença de fls. 125/127, da lavra do nobre Juízo da Vara Única daquela Comarca, que, em sede de ação de ressarcimento de recursos ao erário, julgou improcedente a pretensão autoral, por ausência de prova do alegado dano.

Inconformado, o promovente interpôs o vertente recurso apelatório (fls. 131/141), defendendo, em suma, a reforma do r. decisório monocrático, sob o argumento de que, ao deixar de prestar contas referentes aos repasses da Secretaria da Edução Básica do Estado do Ceará, no valor R$ 11.167,31 (onze mil, cento e sessenta e sete reais e trinta e um centavos), a apelada causou diversos danos ao Município, notadamente porque este se encontrou em situação de inadimplência com a Administração Pública Estadual.

Intimada, a parte apelada deixou transcorrer, in albis, o prazo para apresentar contrarrazões ao apelo.

Nesta instância, encaminhados os autos à apreciação da douta Procuradoria Geral de Justiça, esta opinou, em seu Parecer de fls. 153/159, pelo conhecimento e desprovimento do inconformismo ora em testilha.

É o relatório.

À douta Revisão.

V O T O

1. ADMISSIBILIDADE .

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

poder de recorrer.

No entanto, não conheço do reexame necessário, ex vi §2º do artigo 475, do Código de Processo Civil.

2. FUNDAMENTOS .

Segundo noticiam os fólios processuais, aduz o promovente, ora apelante, que, durante o período no qual a apelada ocupou a Chefia do Poder Executivo do Município de Mulungu/CE, a Prefeitura celebrou, com o Estado do Ceará, mediante interveniência da Secretaria da Educação Básica - SEDUC, o Convênio nº 84/2004, no valor de R$ 11.167,31 (onze mil, cento e sessenta e sete reais e trinta e um centavos).

Ocorre que, por omissão da gestora recorrida em prestar contas dos recursos provenientes do sobredito convênio (fls. 10/11), o insurgente vem sofrendo restrições que, além de o impedir de receber verbas do Governo do Estado, ocasionaram diversas lesões de ordem patrimonial ao Município.

Por esses motivos, busca-se, através da vertente actio, o ressarcimento da Fazenda Pública Municipal dos valores equivalentes aos repasses recebidos através da SEDUC, com o fito de que, repassados ao Estado do Ceará, venha a ser regularizado o statusdo recorrente junto à Administração Pública Estadual.

No entanto, analisando o pleito autoral, o nobre judicante planicial entendeu por bem julgá-lo improcedente, com supedâneo nos seguintes fundamentos:

> *"O pedido deve ser julgado improcedente. Isso é assim porque a falta de prestação de contas não significa que, efetivamente, o ente público tenha sofrido prejuízo da quantia referida na inicial e tampouco que a ré seja a autora deste prejuízo. Em outras palavras: o autor/município, apontando a falta de prestação de contas por parte da ré, pretende que esta lhe pague uma certa quantia em dinheiro, contudo não comprovou que a ausência da prestação de contas causou dano no valor cobrado e que isto era de responsabilidade da ré, logo não pode ser acolhido o pleito de ressarcimento." (fls. 125/127).*

Depreende-se, portanto, que o ponto controvertido na presente angulação recursal diz respeito à possíveis danos ao erário, resultantes de suposto ato de improbidade administrativa praticado pela apelada.

E, acerca da matéria ora em liça, cumpre, a princípio, lembrar que os atos danosos previstos na lei como ato de improbidade são três, a saber, os atos que importam enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízo ao erário (art. 10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11, todos da Lei n.º 8.429/92).

Outrossim, é de se observar que a ocorrência do ato de improbidade está condicionada à pré-existência de quatro requisitos básicos, quais sejam: um sujeito

ativo; um sujeito passivo; a comprovação do elemento subjetivo (dolo ou culpa) e a ocorrência de ato danoso descrito na lei, causador de enriquecimento ilícito, prejuízo para o erário ou atentado contra os princípios da Administração Pública.

É o que vaticina, inclusive, a jurisprudência pátria:

> *RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E LEGALIDADE. CONDUTA DOLOSA. TIPICIDADE DO NO ART. 11 DA LEI N. 8.429/92. 1.* ***O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente. 2. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva.*** *3. Recurso especial provido. (STJ; REsp 626034/RS; Relator(a): Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA; SEGUNDA TURMA; julgado em 28/03/2006; DJ 05/06/2006, p. 246).*

> *PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 10, CAPUT, DA LEI 8.429/92. LICITAÇÃO. PARTICIPAÇÃO INDIRETA DE SERVIDOR VINCULADO À CONTRATANTE. ART. 9º, III E § 3º, DA LEI 8665/93. FALTA SUPRIDA ANTES DA FASE DE HABILITAÇÃO. SÚMULA 07/STJ. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. MÁ-FÉ. ELEMENTO SUBJETIVO. ESSENCIAL À CARACTERIZAÇÃO DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. [...]* ***4. O elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, sendo certo, ainda, que a tipificação da lesão ao patrimônio público (art. 10, caput, da Lei 8429/92) exige a prova de sua ocorrência, mercê da impossibilidade de condenação ao ressarcimento ao erário de dano hipotético ou presumido.*** *Precedentes do STJ: REsp 805.080/SP, PRIMEIRA TURMA, DJe 06/08/2009; REsp 939142/RJ, PRIMEIRA TURMA, DJe 10/04/2008; REsp 678.115/RS, PRIMEIRA TURMA, DJ 29/11/2007; REsp 285.305/DF, PRIMEIRA TURMA; DJ 13/12/2007; e REsp 714.935/PR, SEGUNDA TURMA, DJ 08/05/2006. (STJ; REsp 939.118/SP; Relator(a): Ministro LUIZ FUX; PRIMEIRA TURMA; julgado em 15/02/2011; DJe 01/03/2011).*

A doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro igualmente segue o entendimento ora delineado, *verbis*:

> "O ato de improbidade administrativa, para acarretar a aplicação das medidas sancionatórias previstas no artigo 37, § 4º, da Constituição, exige a presença de determinados elementos: a)sujeito passivo... b)sujeito ativo... c)ocorrência do ato danoso descrito em lei... d)elemento subjetivo: dolo ou culpa. [...] O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. [...] Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes,

> que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. [...] A responsabilidade objetiva, além de ser admissível somente quando prevista expressamente, destoa do sistema jurídico brasileiro, no que diz respeito à responsabilidade do agente público, a começar pela própria norma contida no artigo 37, §6º, da Constituição, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado por danos causados a terceiros, mas preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano. [...] No caso da lei de improbidade, a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegura a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública. Sem um mínimo de má-fé, não se pode cogitar da aplicação de penalidades tão severas como a suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública.".

Com efeito, para o acolhimento de sua pretensão, deveria o apelante, pois, ter demonstrado, de forma inconteste, a presença do elemento subjetivo (dolo ou culpa), bem como do dano ao patrimônio público.

Contudo, na hipótese em tablado, o ente público recorrente não demonstrou a existência de qualquer prejuízo ao erário, pressupostos essenciais para o pleito de condenação, sob pena de locupletamento indevido por parte da própria Administração Pública. O insurgente, em verdade, apenas limitou-se a alegar que a recorrida recebeu a verba referida, mas não prestou contas do sobredito convênio, colocando, assim, o Município de Mulungu/CE em situação de inadimplência, que o impediria de celebrar novos contratos.

E, a meu sentir, se não houve prova do efetivo dano, não há como se pleitear reparação nos termos do art. 12, III, da Lei nº 8.429/92, *in litteris*:

> "Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato: [...] III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.".

Essa, inclusive, é a linha de raciocínio perfilhada tanto pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça, como por esta Corte de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LEI 8.429/92. CONTRATAÇÃO SEM CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. 1. É cediço que "não havendo prova de dano ao erário", afasta-se a sanção de ressarcimento prevista na primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa

civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos)." (STJ; REsp nº 880.662/MG, Relator(a) Ministro CASTRO MEIRA; DJ de 01/03/2007, p. 255).

ADMINISTRATIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIDOR SEM CONCURSO PÚBLICO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. LESÃO A PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS. AUSÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO. [...] 3. Não havendo prova de dano ao erário, não há que se falar em ressarcimento, nos termos da primeira parte do inciso III do art. 12 da Lei 8.429/92. As demais penalidades, inclusive a multa civil, que não ostenta feição indenizatória, são perfeitamente compatíveis com os atos de improbidade tipificados no art. 11 da Lei 8.429/92 (lesão aos princípios administrativos). [...] (STJ; REsp 737.279/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. EX-PREFEITO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE ATIVA, FALTA DE INTERESSE DE AGIR E DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO REJEITADAS. AUSÊNCIA DE PROVA DO DANO. IMPROCEDÊNCIA. [...] 2.1. Para reclamar ressarcimento por malversação de verbas referentes a convênios é cogente que seja comprovada a prática do ato ilícito pelo ex-gestor, apresentando documento referente à fiscalização realizada pelo Tribunal de Contas ou pela Câmara Municipal, além da demonstração da existência do dano que se quer ver ressarcido. 2.2. Não se reconhece de alguma irregularidade no tocante à prestação de contas, bem como não restou demonstrada que a promovida atuou dolosa ou culposamente, ou de que sua conduta ensejou a perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres do Município promovente (artigo 10, caput, da Lei n.º 8.429/92), que justifique sua responsabilização pelo ressarcimento à Municipalidade. 3. Conclusão. 3.1 - Reexame necessário conhecido. 3.2. Sentença reformada para, com respaldo no § 3º do artigo 515 do CPC, julgar improcedente a pretensão deduzida na exordial, invertendo-se os ônus sucumbenciais. (TJ/CE; Reexame Necessário 41529200680601311; Relator(a): Desembargador FRANCISCO BARBOSA FILHO; Quinta Câmara Cível; DJ 01/11/2011).

APELAÇÃO EM AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA QUE ATENTA CONTRA OS PRINCIPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRINCIPIO DA LEGALIDADE E PUBLICIDADE. TIPIFICAÇÃO (ART. 11 INC. II, IV E VI DA LEI 8.429/92). NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO OU CULPA) OU CONDUTA DOLOSA. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] 2 - O STJ considerou ser indispensável a prova de existência de dano ao

patrimônio público para que se tenha configurado o fato de improbidade, inadmitindo o dano presumido. Certo é que, não há de fato, qualquer real demonstração de prejuízo ao erário, somente ilações configurado pelo atraso no envio do Relatório de Gestão Fiscal. 3 - O tipo previsto no art. 11 da Lei n. 8.429/92 é informado pela conduta e pelo elemento subjetivo consubstanciado no dolo do agente. É insuficiente a mera demonstração do vínculo causal objetivo entre a conduta do agente e o resultado lesivo, quando a lei não contempla hipótese da responsabilidade objetiva. 4 - Para configurar-se como ato de improbidade, baseado na tipicidade do artigo 11 da Lei 8.429/92, exige conduta comissiva ou omissiva dolosa. Vez que não ficou demonstrado qualquer dolo por parte do gestor público, afasta-se tal presunção. [...] 6 - Recurso de apelação conhecido, porém improvido.(TJ/CE; Apelação Cível 34774200980601311; Relator(a): Desembargador FRANCISCO SALES NETO; Primeira Câmara Cível; DJ 06/10/2010).

Ademais, nos termos da regra insculpida no artigo 333, I, do Código de Processo Civil, caberia ao promovente ter comprovado os fatos constitutivos do seu direito, não sendo admitida a mera alegação para justificar o acolhimento da pretensão vertida nos presentes autos.

3. DISPOSITIVO.

Isto posto, conheço do recurso apelatório, por estarem presentes os requisitos de sua admissibilidade, para, comungando do Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, NEGAR-LHE PROVIMENTO, porquanto à míngua de substratos fáticos aptos a justificar a reforma do v. provimento jurisdicional objurgado.

Não conheço do reexame necessário, visto que o direito controvertido não excede a 60 (sessenta) salários-mínimos. (art. 475, §2º, CPC).

É como voto.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

DESEMBARGADOR FRANCISCO SALES NETO
RELATOR

Processo nº 0396194-95.2010.8.06.0001.

Natureza: Apelação Cível.
Apelantes: Joannes Paulus Ferreira Esmeraldo.
Ana Cristina Marques de Meneses.
Apelado: Derivan de Sousa Abreu.
Ação de origem: Ordinária de Despejo.
Local de origem: 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA:
RECURSO DE APELAÇÃO. FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. IMPUGNAÇÃO. NECESSIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. APLICABILIDADE. ANALOGIA. RECURSO NEGADO. SENTENÇA CONFIRMADA.
1. Trata-se de recurso de apelação contra sentença prolatada em ação Ordinária de Despejo, que julgou procedente o pedido ante a inadimplência do locatário, condenando-o ao despejo e ao ônus sucumbencial.
2. A falta de impugnação especificada aos fundamentos que motivaram a sentença torna inadmissível o recurso. Precedentes da Corte Superior de Justiça.
3. Aplicável, por analogia, a Súmula 182 do STJ ao recurso de apelação: "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada". NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0396194-95.2010.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR SEGUIMENTO AO RECURSO, de acordo com o voto do relator.

Relatório

Trata-se de Apelação Cível interposta por Joannes Paulus Ferreira Esmeraldo e Ana Cristina Marques de Meneses, com pedido de efeito suspensivo, contra sentença exarada pelo MM Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza em ação de Despejo por falta de pagamento que o apelado acima epigrafado promoveu contra os apelantes – fls. 82/86.

A sentença atacada decidiu pela procedência do pedido, condenando os réus, aqui apelantes, a desocuparem o imóvel por inadimplência contratual, no prazo de

quinze dias sob pena de desocupação forçada, com fundamento no artigo 63 e 65 da Lei do Inquilinato, assim como ao ônus sucumbencial – fls. 78/80.

Nas razões do recurso, os apelantes requerem, inicialmente, preliminar para concessão do benefício da justiça gratuita.

Alegam os recorrentes, no mérito, irregularidade no tocante à ampla defesa, porquanto o magistrado julgou antecipadamente a lide sem possibilitar a produção de provas consideradas, por eles, apelantes, indisponíveis.

A seguir, os apelantes reproduzem literalmente toda a argumentação contida em sua contestação, aduzindo sobre vícios existentes no arrazoado inicial da ação original, quanto à grafia de nomes e à falta de comprovação de que houve contato do locador para cobrança dos aluguéis.

Prosseguem os recorrentes na repetição da peça contestatória insurgindo-se sobre a quantia cobrada a título de locação, alegando excesso de valores por não ser obrigado a pagar os meses que não possuam dia 31, data prevista no contrato para adimplemento mensal da locação.

Manifestam-se ainda, os apelantes, sobre as cláusulas leoninas que, em seu sentir, ensejam a nulidade do contrato de locação, e sobre a propriedade do imóvel, a qual não teria sido comprovada pelo locador. Sugerem, ainda, o litisconsórcio com a empresa seguradora dos valores locatícios.

Apesar da reprodução literal da contestação, os apelantes, em seu requerimento final, pugnam pelo provimento do recurso com a anulação da sentença sob o único fundamento de se constituir em óbice ao direito de provar o alegado. Requerem, ainda, que seja atribuído o efeito suspensivo à decisão para evitar lesão grave e de difícil reparação.

Contrarrazões do apelado, arguindo a correção da petição inicial nos termos do artigo 282 do CPC, em que pese pequenos erros de digitação. Considera, então, os argumentos dos apelados como verdadeira confissão, uma vez que admitem sua inadimplência sem, entretanto, fundamentar ou comprovar suas razões – fls. 98/106.

Discorre, ainda, sobre a desnecessidade de comprovação da propriedade do imóvel em contrato de locação e sobre o seguro locatício, que não exime o locatário de suas obrigações. Requer, ao final, que o recurso não seja conhecido, ou, alternativamente, seu improvimento.

Cumpridas as formalidades de praxe, os autos foram encaminhados a esta Corte.

Desnecessária a intervenção do Ministério Público, a teor do que dispõe o artigo 53, inciso VI, do RITJCE.

É o breve relatório.

Voto

Assiste razão ao apelado Derivan de Sousa Abreu quanto ao teor da

apelação, que escorou seu arrazoado em matéria alheia à fundamentação da decisão prolatada.

A regularidade formal do recurso de apelação deve ser observada pelo que dispõe o artigo 514 do CPC, *in verbis*:

> "Art. 514 - A apelação, interposta por petição dirigida ao juiz, conterá:
> I – os nomes e a qualificação das partes;
> II – os fundamentos de fato e de direito;
> III – o pedido de nova decisão."

São pressupostos que devem ser observados e analisados em juízo de admissibilidade do recurso de apelação. Interessa, sobremaneira, o inciso II, sobre os "fundamentos de fato e de direito", que constituem as razões do inconformismo do recorrente correspondendo à causa de pedir da ação.

Assim, as razões do recurso devem guardar estreita relação com o teor da sentença, com a argumentação ali disposta e com os fundamentos que lhe deram motivação. É o que se depreende do seguinte aresto:

> "O art. 514 do CPC determina que na petição de interposição do apelo conste o nome e a qualificação das partes, os fundamentos de fato e de direito e o pedido de nova decisão. Apelação não conhecida por se considerar que as razões apresentadas são desconexas com a decisão recorrida. Hipótese em que a peça recursal expõe os fundamentos da sua irresignação ao juízo ad quem, ainda que não possa ser reconhecida como tecnicamente perfeita. Os requisitos do art. 514 do CPC, no entanto, foram atendidos" (STJ, REsp 187326/SP, 5ª Turma, rel. Min. Felix Fischer, j. 15.04.1999, DJ 7.6.1999, p. 121).

No caso em tela, o que se observa é que o magistrado prolatou decisão final julgando procedente o pedido, por ter considerado a inadimplência dos apelantes, e fundamentou a sentença nos artigos 61 e 63 da Lei do Inquilinato.

Observe-se, ainda, que a sentença atacada discorreu sobre a falta de contestação à causa de pedir da ação, qual seja, o não pagamento dos aluguéis e encargos.

Da mesma forma, os apelantes, na interposição do recurso, ignoraram os fundamentos que motivaram a sentença quanto à inadimplência dos aluguéis e encargos, limitando-se a reproduzir literalmente todo o arrazoado da contestação.

A falta de impugnação aos fundamentos da sentença enseja o desconhecimento do recurso e encontra respaldo em diversos julgados, conforme:

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. APELAÇÃO QUE NÃO ATACA OS FUNDAMENTOS DA SENTENÇA. ART.514, II, DO CPC. DESCUMPRIMENTO.

1. Não se conhece de Recurso Especial em relação à ofensa ao art.535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
2. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.
3. Não há como conhecer da Apelação se a parte não impugna os fundamentos da sentença e restringe-se a reproduzir a peça exordial, por descumprimento do art. 514, II, do CPC.
4. Agravo Regimental não provido." (Destaquei). (STJ, AgRg no REsp 1129346/PR 2009/0051462-6 Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ª TURMA, Jul. 19/11/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 11/12/2009).

"Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. NÃO OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE PREVISTOS NOS ARTS. 514, II, E 540, DO CPC. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. PRECEDENTES DO STJ. DESPROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.
1. O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a petição do recurso ordinário em mandado de segurança, segundo o que dispõem os arts. 514, II, 539, II, e 540, do Código de Processo Civil, e 247 do RISTJ, deve apresentar as razões pelas quais o recorrente não se conforma com o acórdão proferido pelo Tribunal de origem, o que não se verificou na hipótese examinada.
2. No caso dos autos, o ora recorrente, em sua petição recursal, limitou-se a transcrever e pleitear as mesmas nulidades e razões contidas na petição inicial da ação mandamental, não impugnando os fundamentos do acórdão recorrido, o que é imprescindível para embasar o pedido de reforma do acórdão impugnado. Desse modo, não foi preenchido o requisito de admissibilidade da regularidade formal, o que inviabiliza o conhecimento do pleito recursal.
3. Sobre o tema, os seguintes precedentes desta Corte Superior: RMS 12.977/GO, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJ de 28.11.2005; RMS 19.879/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Paulo Medina, DJ de 21.11.2005; RMS 19.961/PE, 6ª Turma, Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa, DJ de 26.9.2005; RMS 17.663/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 30.5.2005; RMS 17.966/SP, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 17.12.2004; RMS 15.104/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 28.4.2003; RMS 8.459/RJ, 6ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 4.2.2002; RMS 5.749/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Adhemar Maciel, DJ de 24.3.1997. 4. Desprovimento

> do AgReg." (Destaquei). (STJ, AgRg no RMS 22190/PR 2006/0138224-2, Rel. Min. DENISE ARRUDA, 1ª TURMA, Jul. 19/03/2009, Fonte DJe 16/04/2009).

A Corte Superior já pacificou o tema com a edição da Súmula nº 182, que, embora se reporte ao recurso de Agravo, por analogia, deve ser aplicado ao caso em análise. Conforme:

> "É inviável o agravo do art. 545 do CPC que deixa de atacar especificamente os fundamentos da decisão agravada."

Portanto, verificando-se que as razões do apelo deixaram de se manifestar sobre a Lei do Inquilinato, e seus artigos, que fundamentou a sentença atacada, ou mesmo sobre os fatos alegados quanto à inadimplência dos aluguéis, que constituíram a causa de pedir da demanda, resta patente a ausência de requisito de admissibilidade do recurso quanto à sua regularidade formal.

Assim, conheço da apelação cível ante sua tempestividade, mas NEGO SEGUIMENTO ao recurso por considerá-lo inadmissível conforme a argumentação acima exposta e nos termos do artigo 557 do CPC, mantendo a sentença em todo o seu teor, incluindo o ônus sucumbencial.

É como voto.

Fortaleza, 18 de Janeiro de 2012.

PROCESSO Nº 0000340-85.2008.8.06.0109
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: FRANCISCO NEUDO RANGEL
APELADO: DAIANA TAVEIRA DA LUZ, REPRESENTADA POR MARIA ELENA DA LUZ
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DO VALOR DA CAUSA. EMENDA DA INICIAL. PRELIMINAR REJEITADA. RESPONSABILIDADE CIVIL EM ACIDENTE DE TRÂNSITO. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE.CULPAEXCLUSIVADAVÍTIMA.INOCORRÊNCIA. COMPROVADA IMPRUDÊNCIA DO CONDUTOR DE CAMINHÃO DE PROPRIEDADE DE TERCEIRO. DANOS MORAIS DEVIDOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. APELO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. Não há falar em culpa exclusiva da vítima quando o condutor do caminhão não toma as cautelas necessárias a fim de evitar o evento danoso. Cabe ao condutor, a todo momento, ter domínio do seu veículo, conduzindo-o de maneira atenta e cuidadosa a fim de evitar acidentes (art. 28 do CTB).

O conjunto probatório demonstram que o motorista que causou o evento danoso agiu com pouca cautela, eis que circulava em caminhão carregado de areia, por estrada carroçal, com declives e curvas, em velocidade inadequada. Evidenciada a imprudência do condutor.

O proprietário responde objetiva e solidariamente pelos eventos lesivos causados a terceiros por culpa do condutor do seu veículo. Teoria da guarda da coisa perigosa ou responsabilidade pelo fato da coisa.

Inequívoco o abalo moral decorrente do acidente. O valor da indenização deve ser proporcional ao dano moral efetivamente sofrido, sem olvidar-se, entretanto, outras variáveis (grau de culpabilidade, capacidade econômica do responsável, dentre outras circunstâncias). Mantida a quantia fixada na origem, posto que proporcional e razoável.Apelo conhecido mas improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0000340-85.2008.8.06.0109, em que são partes as acima descritas.

ACORDA a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer o presente Apelo, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Francisco Neudo Rangel em face de Daiana Taveira da Luz, representada por sua genitora, a sra. Maria Elena da Luz, com o fito de reformar a sentença de fls. 99/104, da lavra do d. Juízo da Vara Única da Comarca de Jardim/CE, que julgou procedente a Ação de Reparação de Danos movida pela ora recorrida.

Na exordial da referida Ação, a autora, ora apelada, alega, em suma, que no dia 26 de julho de 2006, por volta das 9h30m, uma caminhão de propriedade do sr. Francisco Neudo Rangel, ora recorrente, de placa HTZ 4096, guiado pelo motorista, José Eudes Emídio, atropelou a acionante, deixando-lhe sequelas.

Em sede de audiência conciliatória não houve composição.

O réu apresentou contestação, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial. No mérito negou qualquer ilícito, por entender que o motorista atropelador não agira com culpa, sendo evento decorrente de culpa exclusiva da vítima.

Em réplica, a promovente atribuiu o valor da causa em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), e refutou a responsabilidade da vítima pelo evento, reiterando os termos exordiais.

Procedida a instrução, composta de depoimento pessoal da mãe da autora (fls. 62), do pai da autora (fls. 64) e do acionado (fls. 65), e pela ouvida das duas testemunhas da requerente e quatro testemunhas do requerido (consoante se vê nos termos de audiência de fls. 75/80).

Memoriais da suplicante (de fls. 82/87) e do suplicado (de fls. 89/97).

O d. juiz *a quo* prolatou a sentença de fls. 99/104, julgando procedente o pleito exordial, "condenando o acionado a pagar à autora, a título de indenização pelos danos morais a ela causados, a importância equivalente a 100 salários mínimos em valores vigentes ao tempo do pagamento", e, ainda, em custas e honorários advocatícios, estes no valor de 10% sobre o montante condenatório.

Irresignada, a parte sucumbente interpôs o presente Apelo, de fls. 109/113, suscitando, preliminarmente, a extinção da ação por indeferimento da inicial, face a ausência do valor da causa. No mérito, afirma, em síntese, não ter agido o motorista do caminhão de sua propriedade com imprudência ou irresponsabilidade, não havendo

prova nos autos de que este dera causa ao acidente. Destaca que, em verdade, ocorrera um caso fortuito, excludente de sua responsabilidade. Pugna pela reforma da sentença, e, alternativamente, pela redução do quantum indenizatório.

Contrarrazões às fls. 117/129, salientando que houve emenda à inicial, com a atribuição do valor da causa, pelo que não se poderia acolher a preliminar suscitada pelo recorrente. No mérito afirma prever o Código Civil a aplicação da teoria do risco no campo da responsabilidade civil, pugnando pela mantença da sentença vergastada.

Recebido o recurso em seus efeitos legais, ascenderam os autos a esta e. Corte, ocasião em que foram regularmente distribuídos à e. Desa. Vera Lúcia Correia Lima, em 20 de agosto de 2009.

Em seguida, foi o feito remetido à D. Procuradoria Geral de Justiça, que emitiu parecer de fls. 142/148, que opinou pela improcedência recursal.

Redistribuídos os autos, vieram-me conclusos, por vez primeira, em 14 de julho de 2011.

É o relato.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 07 de outubro de 2011.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do recurso interposto, por apresentar os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Da Preliminar de Inépcia da Inicial

Primacialmente, cumpre analisar a preliminar de inépcia da inicial aduzida pelo recorrente, em virtude da ausência de atribuição do valor da causa na inicial.

A falta de atribuição da causa não enseja a inépcia da inicial, podendo ser emendada a inicial no curso do feito. Conforme se detêm dos autos, o juiz a quo oportunizou à parte autora manifestar-se a respeito da preliminar arguida na contestação, ocasião em que a suplicante emendou a inicial, em sede de réplica, dando valor à causa no montante de 50 mil reais.

Ademais, a falta de quantificação da indenização por dano moral perseguida não torna o pedido genérico, nem leva à inépcia. Até porque, o valor eventualmente postulado pela parte é meramente estimativo, já que a fixação da reparação está ao arbítrio do julgador.

A propósito, o STJ já teve oportunidade de assentar:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AOS ARTS. 286, 295 I DO CPC. AUSÊNCIA.

> INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. FIXAÇÃO. VALOR GENÉRICO.
> (...) 2. É assente no STJ o entendimento de ser possível a formulação de pedido genérico em ação visando ao ressarcimento de danos morais, não havendo falar-se em inépcia da petição inicial. (Grifei)
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no Ag 1066346/SP, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 23/03/2009)

Por tais razões, rejeito a preliminar em fito.

Do Mérito

Defende o recorrente que o acidente de trânsito sub judice ocorreu por culpa exclusiva da vítima, o que romperia o nexo causal e afastaria o dever de indenizar. Alternativamente, pretendem que o quantum debeatur seja reduzido, para adequá-lo a um valor de seja viável ao apelante, associado às necessidades da apelante.

Tratando-se de responsabilidade civil decorrente de acidente automobilístico, impositiva é a aferição subjetiva da conduta dos envolvidos pelo infortúnio, a qual poderá restar configurada nas modalidades de imperícia, negligência ou/e imprudência, consoante preceitua os arts. 186 e 927 do Código Civil brasileiro.

Da prova produzida, inviável reconhecer que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima. Isso porque restou sobejamente comprovado pelos depoimentos pessoais e pela oitiva das testemunhas arroladas que o motorista que causou o evento danoso agiu com pouca cautela, eis que circulava em caminhão carregado de areia, por estrada carroçal, com declives e curvas, em velocidade "de terceira marcha", chegando inclusive a perder de vista os pedestres em trânsito no local, o que ocasionou o atropelamento da criança ora recorrida. Destarte, configurada está a imprudência do condutor.

É o que se observa do depoimento do próprio motorista, o Sr. José Eudes Emídio, que afirmou:

> Vinha em terceira marcha, e, quando se aproximou da vítima e de seu pai, reduziu a velocidade, em segunda marcha, atingindo, no máximo, 20km por hora, quando aconteceu o acidente, o pneu traseiro atingiu a criança. A estrada era estreita, no local, e quando ia passando pelos dois, os rapazes que estavam em cima do caminhão gritaram pedindo socorro para parar, pois havia ocorrido um atropelamento. No local havia uma cursa muito suave, após uma subida (…) (depoimento de fls. 79)

A genitora da requerente destaca:

> Que sua filha estava na companhia do pai (…), às margens de uma estrada carroçal no Sitio Baixio de Minas, e se afastaram para dar passagem ao caminhão, que pertence ao requerido" Na estrada não há espaço para dois veículos paralelos, mas dava para passar um caminhão, com sobra de espaço. O pneu da frente passou, sem nenhum problema, mas o pneu de trás, do lado do motorista, atingiu a sua filha, jogando-a para debaixo do caminhão, sendo que o pneu a arrastou, causando ferimentos profundos na perna, na vagina e na testa (…) (depoimento de fls. 62).

Os demais depoimentos também confirmam a imprudência do condutor, ao reiterar que "vinha um caminhão em velocidade 'meio avançada'" (depoimento de fls. 74), e que "o veículo não vinha em velocidade baixa (…) aproximada a 60km por hora" (depoimento de fls. 75), e, ainda, destaca o pai da vítima que "o caminhão vinha numa velocidade aproximada de 70 Km por hora e não deu folga na pequena curva, forçando uma linha reta, o que fez que passasse perigosamente perto do depoente e sua filha" (fls. 64).

Assim, impende reconhecer que o motorista do caminhão deixou de conduzir o automóvel de maneira cuidadosa, infringindo o disposto no art. 28 do Código de Trânsito Brasileiro, que assim determina: "Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito."

Em comentário a esse dispositivo de Lei, destaca Arnaldo Rizzardo[1]:

> Já foi dito que o condutor é responsável pelo seu veículo e por tudo o que possa resultar de sua conduta ao dirigir. Assim, deve o condutor dirigir atentamente, conscientizando-se de todas as precauções possíveis a fim de evitar acidentes e não obstruir o trânsito. Exercer o domínio ou o controle sobre o veículo significa um ato de vontade, ou a extensão do querer. Nesse sentido a previsão do art. 28, de que o condutor deve sempre dirigir com atenção e ter o total domínio do seu veículo.
> Qualquer decorrência resultante do uso do veículo é atribuída ao seu condutor. Por isso, incumbe-lhe manter o domínio completo do veículo, que circulará segundo a sua vontade exclusiva.

Ademais, segundo o art. 29, § 2º, do CTB, § 2º, "Respeitadas as normas de circulação e conduta estabelecidas neste artigo, em ordem decrescente, os veículos de maior porte serão sempre responsáveis pela segurança dos menores, os motorizados pelos não motorizados e, juntos, pela incolumidade dos pedestres."

Portanto, constitui dever normal de prudência que os condutores conduzam

1 Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 7ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 114/115.

seus veículos com a necessária cautela, com velocidade compatível com o local e de forma a ter completo domínio sobre o automóvel, observando tudo que está em seu entorno, com o fim de evitar os perigos eminentes, em especial, risco de vidas humanas.

Além de demonstrado que a velocidade do caminhão não era compatível com o local, estrada carroçal e estreita, em momento de leve subida e curva, o condutor afirmou haver visto os pedestres, deixando de ter o controle da parte traseira de seu veículo de grande porte, evidenciando sua culpa exclusiva no atropelamento, fato que enseja na responsabilidade de indenizar, restando afastada a excludente de responsabilidade correspondente à culpa exclusiva da vítima.

Pertinente destacar, outrossim, que o recorrente, em que pese não ter participado do evento lesivo, responde solidariamente pelas consequências do ato. Tal posicionamento encontra-se sedimentado na jurisprudência da Corte Superior, a saber:

> CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VEICULO DIRIGIDO POR TERCEIRO. CULPA DESTE EM ATROPELAMENTO. OBRIGAÇÃO DO PROPRIETARIO DE INDENIZAR. CONTRA O PROPRIETARIO DE VEICULO DIRIGIDO POR TERCEIRO CONSIDERADO CULPADO PELO ACIDENTE CONSPIRA A PRESUNÇÃO IURIS TANTUM DE CULPA IN ELIGENDO E IN VIGILANDO, EM RAZÃO DO QUE SOBRE ELE RECAI A RESPONSABILIDADE PELO RESSARCIMENTO DO DANO QUE A OUTREM POSSA TER SIDO CAUSADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> (REsp 62.163/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 11/11/1997, DJ 09/03/1998, p. 115)
>
> CIVIL. RESPONSABILIDADE. ACIDENTE DE TRÂNSITO. O proprietário responde solidariamente pelos danos causados por terceiro a quem emprestou o veículo. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 233111 / SP; AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL; Ministro ARI PARGENDLER, T3 – Terceira Turma, julgado em 15/03/2007 e publicado em 16.04.2007, p. 180)
>
> RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR - SOLIDARIEDADE - PROPRIETÁRIO DO VEÍCULO.
> - Quem permite que terceiro conduza seu veículo é responsável solidário pelos danos causados culposamente pelo permissionário. - Recurso provido.
> (REsp 343649 / MG; RECURSO ESPECIAL 2001/0102616-7, Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, T3 - TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2004; publicado no DJ de 25.02.2004 p. 168)

Dessa forma, o proprietário responde objetiva e solidariamente pelos eventos lesivos causados a terceiros por culpa do condutor do seu veículo. Tal entendimento tem como embasamento doutrinário a teoria da guarda da coisa perigosa ou responsabilidade pelo fato da coisa.

Dos Danos Extrapatrimoniais

No que diz respeito ao pedido de redução do valor da indenização, igualmente não assiste razão ao apelante. A prova documental juntada aos autos (fls. 07/16) comprovam que a vítima, ora recorrida, sofreu diversas lesões físicas e mentais, decorrentes de um atropelamento de um caminhão, carregado de areia, que a esmagou debaixo de um pneu, arrastando-a e deixando sequelas irreversíveis.

Salienta-se que o montante indenizatório tem o condão de compensar o dano moral sofrido, bem como punir o agente responsável. Todavia, deve haver cautela na quantificação indenizatória, de modo a evitar perspectiva de locupletamento indevido daquele que pleiteia.

Assim, necessária realização de um juízo de ponderação mediante o emprego dos postulados da razoabilidade e proporcionalidade correlacionados a partir das vicissitudes do caso concreto. Em suma, o valor da indenização deve ser proporcional ao dano moral efetivamente sofrido, sem olvidar-se, entretanto, de outras variáveis (grau de culpabilidade, capacidade econômica dos responsáveis, dentre outras circunstâncias), consoante escorreito ensinamento de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino[2]:

> O importante é que, no arbitramento da indenização, se parta do bem jurídico efetivamente lesado (vida, integridade física, liberdade, honra, imagem). Em segundo momento, devem-se considerar as circunstâncias do fato, como a sua gravidade, a intensidade da culpa, a eventual participação culposa da vítima, a condição econômica das partes envolvidas.

Nesse norte, impende salientar que a repercussão do evento na vida da criança vitimada, que fora internada por 15 dias em UTI, tendo que submeter-se a ato cirúrgico e que, até hoje, vem sofrendo dores constantes e abalo psíquico, acarreta indubitavelmente abalo moral que impende ser indenizado.

Desse modo, a partir das particularidades acima referidas quanto às lesões ocasionadas, entendo que o valor fixado pelo julgador de origem deve ser mantido, eis que proporcional e razoável.

Isto posto, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, conheço da Apelação Cível, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 07 de outubro de 2011.

2 Paulo de Tarso Vieira Sanseverino. Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor, Saraiva, 2002, p. 232.

Número Único 0004097-86.2009.8.06.0001
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: AMIL Assistência Médica Internacional Ltda.
Apelada: Flausina Rosa de Jesus
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. PLANO DE SAÚDE. INTERNAÇÃO DOMICILIAR – HOME CARE. NEGATIVA DE INTERNAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. CLÁUSULA CONTRATUAL EXCLUINDO TAL COBERTURA. DANO EVIDENCIADO. REDUÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SENTENÇA MANTIDA, APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O contrato de plano de saúde deve observar a Lei nº 8.078/90. Cláusulas contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor, (art. 47, da Lei Consumerista); 2. Se há prescrição médica indicando a internação domiciliar, por ser mais adequada ao caso clínico da paciente, não é razoável admitir a exclusão de cobertura em virtude de cláusula contratual. 3. O sistema HOME CARE é menos oneroso para a prestadora e mais benéfico para a paciente, visto que o risco de contrair infecções é bem menor em relação à internação hospitalar, além de que esta permanece em contato com a família; 4. Existência de dano moral, em virtude do descaso para com o consumidor; 5. Manutenção do quantum indenizatório em observância ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade; 6. Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0004097-86.2009.8.06.0001, em que são partes as que estão indicadas acima, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, consoante o voto do Relator.

VOTO

Tudo visto e examinado. Não se vislumbra vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual. Estão atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 506 e 513, do CPC, motivo de conhecer do recurso.

Trata-se de Ação de Obrigação de Fazer c/c Reparação por Danos Morais,

com pedido de antecipação de tutela, proposta por Flausina Rosa de Jesus, em face de AMIL Assistência Médica Internacional Ltda., objetivando atendimento domiciliar, em regime de home care, conforme solicitações médicas.

A priori, *a quaestio* sobre a qual versam os autos deve ser decidida com base nos ditames do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, figurando a autora, na qualidade de consumidora e a empresa ré na qualidade de prestadora de serviços, nos termos dos art. 2º e 3º, respectivamente. Entendimento pacificado na jurisprudência, tanto do Colendo Superior Tribunal de Justiça, como também desta Corte de Justiça.

Compulsando-se os autos, verifica-se que há indicação médica quanto ao atendimento domiciliar - *home care*, em virtude do tratamento de saúde prolongado, fazendo uso de medicação TARGOCID e fisioterapia respiratória e motora. Inclusive, durante a instrução processual, a apelada foi removida, no dia 20 de janeiro de 2010, para o Hospital Otoclínica – UTI, devido ao agravamento de seu estado de saúde, conforme declaração médica, à fl. 100.

Cabe salientar que, na referida modalidade de internação – home care – os riscos de contrair infecção são menores e o paciente permanece recebendo cuidados médicos necessários à manutenção de sua saúde, em seu domicilio.

Em contrapartida, a apelante defende que o contrato de plano de saúde firmado entre as partes exclui, de plano, a cobertura de internação domiciliar, inclusive o pacto contratual, em seu art. 8º, estabelece que, "os serviços que não integram o risco do contrato firmado entre as partes e trata de forma clara e expressa, das exclusões de enfermagem particular, medicamentos e materiais aplicados e ou utilizados em pacientes não internados". Portanto, rebate, veementemente, que não houve violação, tampouco qualquer constrangimento moral apto a ensejar a reparação de danos em prol da apelada.

Não se pode olvidar que quem se obriga a prestar seguro de assistência médico-hospitalar não pode pretender que sejam as cláusulas contratuais interpretadas, de forma literal, em detrimento da vida do segurado, *in casu*, a apelada.

Com efeito, vale ressaltar que a internação domiciliar é menos onerosa para a prestadora ré e mais benéfica para o paciente, visto que o risco de contrair infecções é bem menor em relação à internação hospitalar, além de que o enfermo permanece em contato com a família, posto estar instalado em seu ambiente familiar. Portanto, não há motivo para que seja negada a internação domiciliar – *home care* - uma vez que o contrato firmado entre as partes prevê a modalidade de internação hospitalar (modalidade mais dispendiosa), sobre a qual não há limite temporal, conforme previsão do art. 12, inciso II, alínea "a", da Lei nº 9.656/98.

Por óbvio, conclui-se com a máxima certeza que o almejado em plano de saúde é a garantia de uma assistência completa, no tratamento, de cirurgias e outras necessidades médicas e hospitalares até a sua recuperação total, enquanto durar o pacto contratual.

Como se sabe, deve prevalecer a boa-fé objetiva na execução do contrato, mormente se diz respeito à vida e à saúde, pois, na verdade, quem se associa a um plano

de saúde busca segurança e tranquilidade que os poderes públicos, mantenedores do sistema público de saúde, não garantem.

Ainda que não houvesse amparo contratual para o serviço de home care, a resistência da empresa seria inaceitável. Na presente hipótese incide a aplicação do art. 423, do Código Civil, *ad literam*:

> "Art. 423. Quando houver nos contratos de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-à adotar a interpretação mais favorável ao aderente."

Vale, a propósito, conferir julgados em casos análogos proferidos pelos Tribunais Pátrios, *in verbis*:

> "EMENTA - PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA CONTRATUAL LIMITATIVA DA MODALIDADE CHAMADA DE HOME CARE (INTERNAÇÃO DOMICILIAR). DIREITO À SAÚDE. AUTORA PORTADORA DE ENCEFALOPATIA CRÔNICA - PARALISIA CELEBRAL -, CARECENDO DOS SERVIÇOS DE HOME CARE, ALÉM DOS DEMAIS INSUMOS E TRATAMENTOS NECESSÁRIOS AO RESTABELECIMENTO COMPLETO DE SUA SAÚDE. ALTA MÉDICA CONDICIONADA À INTERNAÇÃO NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA, ONDE LHE SERIAM MINISTRADOS OS CUIDADOS NECESSÁRIOS. SENTENÇA CONDENANDO A INTERNAÇÃO DOMILICIAR, ALÉM DO FORNECIMENTO DE TODOS OS INSUMOS IMPERIOSOS À MANUTENÇÃO DA VIDA DA AUTORA. O HOME CARE É MENOS GRAVOSO AO PACIENTE QUE A INTERNAÇÃO HOSPITALAR, INEXISTINDO QUALQUER RACIONALIDADE NA CLÁUSULA CONTRATUAL QUE COBRE AS DESPESAS DA INTERNAÇÃO HOSPITALAR E NÃO AS DA INTERNAÇÃO DOMICILIAR, DESPONTANDO SEU CARÁTER ABUSIVO. HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR RECONHECIDA. PRECEDENTES DO STJ. O DANO MORAL DEVE SE APROXIMAR DA COMPENSAÇÃO CAPAZ DE AMENIZAR O CONSTRANGIMENTO EXPERIMENTADO. DEVE, PORTANTO, SER FIXADO TOMANDO-SE EM CONTA A GRAVIDADE DO FATO, SUAS CONSEQÜÊNCIAS, CONDIÇÃO SOCIAL DA VÍTIMA E INFRATOR, ALÉM DE INCORPORAR O CARÁTER REPARATÓRIO, PUNITIVO E PEDAGÓGICO.A FIXAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVE SER FEITA DE ACORDO COM AS CIRCUNSTÂNCIAS DE CADA CONFLITO DE INTERESSES E DEVE REPRESENTAR UMA COMPENSAÇÃO RAZOÁVEL PELO CONSTRANGIMENTO EXPERIMENTADO, NÃO PODENDO, PORÉM, TRADUZIR-SE EM ENRIQUECIMENTO INDEVIDO.REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA.PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO." (TJRJ – Apelação Cível nº 0175044-79.2010.8.19.0001; Rel. Des. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO; Quinta Câmara Cível. Julgado em 08/09/2011). (destaquei)

> "EMENTA: SEGURO SAÚDE - DESPESAS MÉDICAS - ATENDIMENTO MÉDICO DOMICILIAR, MEDICAMENTOS E APARELHAGEM - HOME CARE - PREVISÃO CONTRATUAL - APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC. Estando devidamente comprovada a necessidade de atendimento domiciliar por profissional habilitado em razão do quadro clínico apresentado pela paciente, beneficiária do plano, bem como o uso de medicamento e de aparelhagem indispensável ao tratamento, impõe-se a prestação do serviço. V.v O plano de saúde não deve arcar com o tratamento, se no contrato celebrado entre as partes há cláusula de exclusão de cobertura expressa, redigida de forma clara e exemplificativa. Não se verifica a presença dos requisitos ensejadores do dano moral, uma vez que a negativa da cobertura de tratamento domiciliar (home care) não era prevista contratualmente." (TLMG – Apelação Cível nº 1.0338.03.022051-5/001(1); Rel. Des. ANTÔNIO DE PÁDUA. Julgado em 16/07/2009). (destaquei)

Neste ínterim, restou demonstrado que a apelada necessita do serviço de internação domiciliar, para manutenção de uma vida digna.

Ultrapassada a questão inerente à condenação quanto à prestação dos serviços de home care e os demais insumos e tratamentos necessários ao restabelecimento completo da saúde da paciente, passo a decidir quanto a condenação a título de dano moral.

O dano moral, segundo SÉRGIO CAVALIERI FILHO[1] é a "lesão a um bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação à vítima.".

Não se tem um critério objetivo para verificar a existência ou não do dano moral. Sendo assim, é necessário que o Juiz observe se o suposto aborrecimento não se trata apenas de dissabor da vida, o que imporia a improcedência reparatória; sendo a indenização por dano moral, devida apenas em situações de sofrimento que tenha fugido a normalidade. O Magistrado deverá valer-se da boa prudência e razoabilidade, entre outros critérios, para constatar a existência ou não do dano moral.

No caso em liça, restou evidente que o home care tem o objetivo de proteger a saúde e a vida da paciente, ora apelada, sendo seu direito fundamental e indissociável garantido pela Magna Charta, na perspectiva de realização do princípio fundamental de proteção da dignidade da pessoa humana.

É inegável que a recusa na autorização do serviço domiciliar, que se revelou prescrito, em face das complicações patológicas sofridas pela apelada, é motivo de sofrimento e dor, capaz de ensejar indenização por dano moral.

Assim, inegável a configuração do dano moral sofrido pela apelada.

Quanto ao montante a ser arbitrado a título de reparação pelo dano moral sofrido, deve-se agir com prudência e razoabilidade para a sua liquidação, de modo que impeça a conduta reiterada por parte do plano de saúde e, por outro lado, não configure

1 *In* **Programa de Responsabilidade Civil.** 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.

enriquecimento sem causa em relação à segurada.

Desta feita, mantenho a condenação do valor arbitrado pelo douto Juízo a quo que foi de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), por considerar que a quantia atende, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir o agente pelo ato ilícito cometido e, de outra banda, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

Diante do exposto, conheço da apelação, por ser tempestiva e hábil, para negar-lhe provimento, mantida a sentença a quo em todos os termos.

É como VOTO.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2012.

Nº Processo: 0004329-87.2006.8.06.0071
TIPO DO RECURSO: Apelação Cível
TIPO DE PROCESSO: Ação Indenização por danos morais.
JUIZ DE ORIGEM: 2ª Vara do Crato-CE.
Apelante: Banco do Bradesco S/A.
Apelado: Alessandro Teixeira Brito
Relator: Des. Durval Aires Filho.
Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível
AJ001

EMENTA:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INCLUSÃO NO CADASTRO RESTRITIVO DE CHEQUES – CCF. DEVOLUÇÃO DE CHEQUE SEM FUNDOS DECORRENTE DE DESCONTOS INDEVIDOS DE ANUIDADE. CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO PELO CORRENTISTA. RECALCITRÂNCIA DO BANCO APELANTE. CONDUTA ILÍCITA E REITERADA. ESTORNO POSTERIOR. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR INDENIZATÓRIO REDUZIDO DE R$ 15.750,00 PARA R$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). PRECEDENTES DESTA CÂMARA e RELATORIA AC 0749853-92.2000.8.06.0001, JULGADO EM 11/10/2011 E 000768-02.2008.8.06.0066, JULGADO EM 18/10/2011 e 0008820-22.2007.8.06.0001. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

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

2.Restaram comprovados a conduta recalcitrante da instituição financeira e o dano causado ao Promovente /apelado, que teve seu nome incluso em órgão de restrição ao crédito, mesmo sem a obrigação de dever Cobrança de anuidade de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão, e principalmente a circunstância da inscrição em cadastro de inadimplentes de forma indevida, ensejam sofrimento moral, razão porque não tem cabimento a tese levantada de exercício regular de

direito.

4.Diversos lançamentos indevidos e equivocados que, após corrigidos pela Apelante, determinou incidir sobre inúmeros encargos financeiros, os quais não recolhidos, produziram devolução de cheque sem provisão de fundos com injusta restrição ao crédito.

5.SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE SOMENTE NO QUANTUM DO DANO MORAL QUE DE R$15.750,00 PASSOU PARA R$10.000,00 (DEZ MIL REAIS). APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº. 0004329-87.2006.8.06.0071, em que figuram, como Apelante Banco do Bradesco S/A e Apelado: Alessandro Teixeira Brito.

ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza, 03 de abril de 2012.

Relatório

Em face da sentença em ação Indenização por danos morais que Alessandro Teixeira Brito S/A, ajuizou nesta justiça cuja decisão julgou procedente a demanda, fixando o valor indenizatório em R$ 15.750,00, com incidência de juros de mora a partir da citação (art. 405, CC), na forma do art. 406, CC, sem correção monetária, haja vista já embutido na taxa SELIC parte dispositiva (fls. 107/121) – Banco Bradesco S/A apresenta apelo, alegando , entre outras coisas, a pretensão autoral está contraria aos cânones do ordenamento jurídico pátrio; caso assim não seja entendido, que seja o quantum indenizatório adequadamente reduzido. É o conteúdo extraído das fls. 130/137.

Nas contrarrazões do apelo, o recorrido sustenta acerto na sentença de piso, (fls. 143/153).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, às fls. 164/168, é no sentido de que, na lide em questão, não se faz necessária intervenção ministerial.

Distribuídos e redistribuídos, o feito chegou até meu gabinete (fls.175).

É o breve relatório.

À douta Revisão.

VOTO

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

Para a comprovação da responsabilidade civil, apta a ensejar a condenação do banco recorrente a indenizar o autor/recorrido por eventuais danos morais sofridos, faz-se mister a presença dos seguintes requisitos: conduta ilícita, dano e nexo causal.

Quanto à primeira condição, reputou-a presente o Juízo singular por considerar ilícita a emissão de cartão de crédito sem a devida anuência, além dos reiterados e indevidos descontos em conta-corrente provocadores de devolução de cheque, por falta de provisão de fundos, inclusive gerando a inclusão de seu nome nos cadastros restritivos, já que o autor não requisitara os serviços de cartão de crédito que levaram aos referidos descontos de anuidade provocadores da devolução do cheque sem provisão de fundos.

Ora, é fato incontroverso que o promovente não solicitou os serviços creditícios, razão pela qual não tinha obrigação pelo pagamento das anuidades do cartão, à medida em que não se utilizou do serviço, inclusive com os estornos subsequentes pela instituição que reconheceu a abusividade de sua conduta.

No caso, o envio de cartão de crédito não solicitado é conduta considerada como prática abusiva, consoante o disposto no art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor. A propósito, segundo o parágrafo único do aludido artigo, os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista acima, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Esse fato e os incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento do cartão de crédito, e principalmente a circunstância da inscrição em cadastro de emitentes de cheques sem fundos de forma indevida, ensejam sofrimento moral, razão porque não tem cabimento a tese levantada de exercício regular de direito do banco apelante.

Nesse sentido:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ENVIO DE CARTÃO DE CRÉDITO NÃO SOLICITADO E DE FATURAS COBRANDO ANUIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO.
> I - Para se presumir o dano moral pela simples comprovação do ato ilícito, esse ato deve ser objetivamente capaz de acarretar a dor, o sofrimento, a lesão aos sentimentos íntimos juridicamente
> protegidos.
> II - O envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada pelo Código de Defesa do Consumidor como prática abusiva (art. 39, III), adicionado aos incômodos decorrentes das providências notoriamente dificultosas para o cancelamento cartão causam dano moral ao consumidor, mormente em se tratando de pessoa de idade avançada, próxima dos cem

> anos de idade à época dos fatos, circunstância que agrava o sofrimento moral. Recurso Especial não conhecido. (STJ, REsp 1061500 / RS, Min. Sidnei Benedi, DJe 20.11.2008).

Por outro lado, a jurisprudência pátria, tratando de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, consolidou-se no sentido de que, na concepção moderna do ressarcimento por dano moral, prevalece a responsabilização do agente por força do simples fato da violação, de modo a tornar-se desnecessária a prova do prejuízo em concreto, ao contrário do que se dá quanto ao dano material.

É o que se convencionou chamar de dano *in re ipsa*. [¿] É consolidado nesta Corte Superior de Justiça o entendimento de que a inscrição ou a manutenção indevida em cadastro de inadimplentes gera, por si só, o dever de indenizar e constitui dano moral *in re ipsa*, ou seja, dano vinculado a própria existência do fato ilícito, cujos resultados são presumidos [...]. (STJ, AgRg no Ag 1379761 / SP, Min. Luiz Felipe Salomão, DJe 02.05.2011).

Referente ao nexo causal, extrai-se este de plano, na medida em que a inscrição do autor no Cadastro de Emitentes de Cheques sem Fundos – CCF deu-se de forma indevida, em decorrência dos descontos abusivos de anuidades, que debitadas da Conta-corrente de seu emitente resultou na negativação de seu nome.

Sendo inconteste, por conseguinte, a responsabilidade civil imputada ao Banco Itaú S/A, discorro, agora, sobre seu pedido alternativo, concernente à redução do quantum indenizatório, fixado no importe de R$ 15.750,00 (quinze mil, setecentos e cinquenta reais).

Como é sabido, a indenização por danos morais tem como objetivo compensar a dor causada à vítima e desestimular o ofensor a cometer novos atos da mesma natureza. Não é razoável o arbitramento que importe em uma indenização irrisória, de pouco significado, nem excessiva, de gravame demasiado ao ofensor e geradora de enriquecimento sem causa para a vítima. Por esse motivo, a reparação há de ser fixada com temperança.

Nesse sentido: O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do STJ, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico dos autores e, ainda, ao porte econômico dos réus, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso (Resp 214.381-MG, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJU 29.11.1999).

Consoante a jurisprudência desta Casa, o valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, quando a quantia fixada se mostrar ínfima, de um lado, ou visivelmente exagerada, de outro.

"Constatado evidente exagero ou manifesta irrisão na fixação, pelas instâncias ordinárias, do montante indenizatório do dano moral, em flagrante violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, torna-se possível a revisão nesta Corte da aludida quantificação" (REsp n. 632.704-RS, relator Ministro Jorge Scartezzini).

Trago Arestos de jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PERMANÊNCIA INDEVIDA DE REGISTRO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. CANCELAMENTO A CARGO DO BANCO. CONDENAÇÃO EM SALÁRIOS MÍNIMOS.- "Cabe às entidades credoras que fazem uso dos serviços de cadastro de proteção ao crédito mantê-los atualizados, de sorte que uma vez recebido o pagamento da dívida, devem providenciar, em breve espaço de tempo, o cancelamento do registro negativo do devedor, sob pena de gerarem, por omissão, lesão moral passível de indenização" (Resp n. 299.456- SE).- Inadmissível é a fixação da indenização em determinado número de salários mínimos. Recurso especial conhecido, em parte, e provido. (STJ, REsp 588291/RS, Quarta Turma, Rel. Min. BARROS MONTEIRO, Data do Julgamento: 03/11/2005, DJ 19/12/2005 p. 417).

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUALCIVIL. CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. AFERIÇÃO DOS REQUISITOS ENSEJADORES DA RESPONSABILIDADE CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DANO MORAL *IN RE IPSA*. QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO EM PATAMAR RAZOÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A modificação das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias, relativas à presença dos requisitos ensejadores do dever de indenizar da instituição financeira, nos moldes em que pretendido, encontra óbice na Súmula 7/STJ, por demandar o vedado revolvimento de matéria fático-probatória. 2. A jurisprudência desta Corte é firme quanto à desnecessidade, em hipóteses como a dos autos, de demonstração da efetiva ocorrência de dano moral, que, por ser inerente à ilicitude do ato praticado, decorre do próprio fato, operando-se *in re ipsa*. O entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça é de que o valor estabelecido pelos juízos ordinários a título de indenização por danos morais pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade, o que não se evidencia no presente caso. Desse modo, não se mostra desproporcional a fixação em R$ 13.000,00 (treze mil reais) a título de reparação moral em favor da ora agravada, em virtude dos danos sofridos pela inscrição indevida de seu nome em órgão de proteção ao crédito, motivo pelo qual não se justifica a excepcional intervenção desta Corte. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no AREsp 9.050/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 06/09/2011).

> CÍVEL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO MESMO APÓS O PAGAMENTO DO DÉBITO. INVIABILIDADE. NÃO COMPROVAÇÃO DE DÉBITO REMANESCENTE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. PRECEDENTE DESTA CÂMARA e RELATORIA AC 0749853-92.2000.8.06.0001, JULGADO EM 11/10/2011 E 000768-02.2008.8.06.0066, JULGADO EM 18/10/2011 e 0008820-22.2007.8.06.0001. 1.Se não há débito em aberto, não pode haver inadimplência, inconcebível é a restrição para proteção do crédito, uma vez que esta busca evitar a profusão de contas sem honradez e liquidação. Este é o mecanismo, cuja falha injustificada resulta indenização. 2.Restaram comprovados a conduta recalcitrante da instituição financeira e o dano causado ao Promovente/apelado, que teve seu nome incluso em órgão de restrição ao crédito, mesmo sem a obrigação de dever. 3. Diversos lançamentos indevidos e equivocados que, após corrigidos pela Apelante, determinou incidir sobre inúmeros encargos financeiros, os quais não recolhidos, produziram injusta restrição ao crédito. 4.SENTENÇA REFORMADA PARCIALMENTE SOMENTE NO *QUANTUM* DO DANO MORAL QUE DE R$10.000,00 PASSOU PARA R$5.000,00(CINCO MIL REAIS). APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.AC. 0657573-05.2000.8.06.0001

No presente caso, as circunstâncias da lide não apresentam nenhuma peculiaridade ou motivo que justifique a fixação do quantum indenizatório em patamar elevado. Verifica-se, assim, que o valor fixado destoa dos valores aceitos por esta Corte para casos semelhantes, isto é, de simples inscrição indevida nos serviços de proteção ao crédito.

Nestesentido,citojulgadosàseguir:TJ/CE,Apel.nº58327712200080600011, 5ª Câmara Cível,Rel. Des. CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES, Data de registro: 13/01/2011); TJ/CE, Apel. nº 64684247200080600011, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA, Data de registro: 03/08/2011).

Este Egrégio Tribunal de Justiça, por esta Câmara já solucionou o dissídio:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. NEXO DA CAUSALIDADE EXISTENTE. CULPA CONCORRENTE. EXCLUDENTES DO DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADAS. PRECEDENTE DESTA RELATORIA AP CV 0000768-02.2008.8.06.0066, JULGADO EM 18/10/2011. DANOS MATERIAIS DEMONSTRADOS. CORREÇÃO MONETÁRIA CABÍVEL DESDE O MOMENTO DO EVENTO DANOSO. SENTENÇA PARCIALMENTE MANTIDA. APELOS PARCIALMENTE PROVIDOS. 1. No círculo doutrinário de Zaffaroni e Pierangeli, a causalidade fixadora de ônus é algo real e humano. È da

> categoria do ser e não do pensamento. Devido a isto, ela não pode ser criada pela norma jurídica, nem pelo direito. De sorte que foi medida acertada a instrução realizada pelo juiz de piso, solapando qualquer dúvida, revolvendo para a linha do ralo alegação de culpa exclusiva da vítima pelo acidente configurando o efetivo prejuízo, ou seja, o dano material e moral. 1.1. Falta de atenção do consumidor - inexistência de aviso do fornecedor de serviço. É presumível que os prejuízos sofridos pela vítima foram ocasionados por seus próprios atos, como certo o fato de que a empresa deveria ter avisado a seus clientes que estava em manutenção com sinais de advertências. Risco presente. Ocorrência de Acidente. Culpa simultânea. Nexo de causalidade. Piso Molhado. Escorregão e queda. Fratura do fêmur em decorrência do tombo. 2. Os danos materiais somente serão exigidos em relação aos devidamente comprovados durante a instrução processual, devendo ser indenizados com base no desfalque sofrido no patrimônio da vítima, com os acréscimos de juros e correção monetária. Manutenção da condenação em danos materiais. Devidos pelo Supermercado apelante. 3. Analisando todas as circunstâncias do caso, fixo a título de reparação por danos morais, em favor da apelada, no valor de R$40.000,00 devendo ser reduzido, em face da culpa concorrente para R$20.000,00(vinte mil reais), levando-se em conta o fêmur quebrado e a simultaneidade de culpa, devidos pelo UNIBANCO SEGUROS apelante / denunciada. Precedentes do C. STJ. 4.Apelos providos parcialmente somente quanto ao quantum indenizatório. Sentença reformada, com a manutenção dos outros termos. AC 0008820-22.2007.8.06.0001, julgado em 01/11/2011.

> CIVEL. CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. MANUTENÇÃO DE INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO MESMO APÓS O PAGAMENTO DO DÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. 1. Restaram comprovados a conduta negligente do banco Apelante e o dano causado à Promovente, que teve seu nome mantido em órgão de restrição ao crédito, mesmo já tendo quitado a dívida referente à inscrição. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. AC 0707898-81.2000.8.06.0001, julgado em 25/09/2011.

Em outras palavras, a indenização não pode ser de tal ordem que se convole em enriquecimento sem causa, nem irrisória de sorte a não reparar os transtornos suportados, devendo ser fixada com equidade pelo julgador. Aliás, repetindo, Se há débito em aberto há inadimplência recomendando restrição para proteção do crédito, evitando profusão de contas sem honradez e liquidação. Agora, se há adimplemento integral, não há motivo para manutenção do obstáculo restritivo, devolvendo o crédito, removendo o abalo de confiança. Agora, se não há débito, nem consistência nos extratos apresentados geradores de dívidas, provocando a averbação nos cadastros restritivos, de forma indevida, configura-se aqui o dano, incidindo a responsabilidade objetiva do prestador ou fornecedor de serviço. Este é o mecanismo, cuja falha injustificada resulta indenização.

Desta forma, tendo em vista a jurisprudência colacionada a respeito do tema e as circunstâncias da causa, concluo que a indenização deve ser reduzida de R$ 15.750,00 (quinze mil e setecentos e cinquenta reais) para R$ 10.000,00 (dez mil reais), quantia que cumpre, com razoabilidade, a sua dupla finalidade, isto é, a de punir pelo ato ilícito cometido, com o fito de evitar futuras reiterações e, de outro lado, a de reparar a vítima pelo sofrimento moral experimentado.

Em face do exposto, conheço da apelação interposta, para dar-lhe

parcial provimento, reduzindo o valor da indenização por danos morais para R$ 10.000,00 (dez mil reais), e fixar o valor dos honorários advocatícios em 20% sobre o valor da condenação com fulcro no §3° do artigo 20 do Código de Processo Civil, condenando-o também ao pagamento das custas, mantendo os demais termos da sentença recorrida.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza 16 de março de 2012.

PROCESSO: Nº 443540-94.2000.8.06.0000/0
SPROC: N° 2000.0016.1RECURSO:
APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO MONITÓRIA
ORIGEM: 4ª VARA DA COMARCA DE CAUCAIA-CE
APELANTE: MUNICÍPIO DE CAUCAIA
APELADO: JOSÉ LOPES MOREIRA-ME
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO MONITÓRIA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. SÚMULA 339 DO STJ. ACORDO JUDICIAL CELEBRADO ENTRE A PREFEITURA E O PARTICULAR. POSSIBILIDADE. VALIDADE DA TRANSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA AÇÃO ARRIMADA NO ART. 269, INCISO III, DO CPC. LEGALIDADE.

1. Arrependimento pelo município somente em caso de prejuízo ao interesse público.
2. Questionamentos de vícios na sentença. Inexistência.
3. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que litigam as partes acima nominadas, ACORDA a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, CONHECER DO RECURSO, para NEGAR-LHE PROVIMENTO, na conformidade do voto do relator, parte integrante desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível manejada pelo MUNICÍPIO DE CAUCAIA-CE, nos autos desta AÇÃO MONITÓRIA, ajuizada por JOSÉ LOPES MOREIRA-ME, tendo como cerne da lide a cobrança de dívida nominada de RESTOS A PAGAR, no valor inicial de R$ 53.725,07 (cinquenta e três mil, setecentos e vinte e cinco reais e sete centavos) cujos comprovantes, anexados à peça vestibular, são desprovidos de força executiva, motivo pelo qual o apelado houve por bem ajuizar a presente ação monitória.

Em resposta, o ente público municipal acorreu aos autos através de Embargos à Ação Monitória (fls. 62/71). Audiência preliminar na data de 18/10/2000 restou infrutífera (fls. 87).

Às fls. 88, consta petição do autor da ação monitória, requerendo a juntada de documento nominado de: "ACORDO DE PAGAMENTO", com o respectivo "TERMO DE ACORDO", em papel timbrado do Governo Municipal de Caucaia, assinado pelo advogado do apelado e pela Prefeita Municipal de Caucaia – Em Exercício, YARA GUERRA SILVA.

O acordo foi homologado pelo juízo de origem, declarando extinto o processo com julgamento de mérito na forma do art. 269, III, do CPC (fls. 90).

O ente público municipal, aviou recurso apelatório (fls. 96/99), alegando vícios na constituição do crédito cobrado, nos termos do acordo e na sentença. E, ainda, ferimento ao inciso IV, do art. 167, da Carta Manga de 1988, bem como ao art. 42 da Lei Complementar 101 de 04/05/2000.

O recurso foi contrarrazoado (fls. 151/160).

A douta representante ministerial (fls. 172/173), não vislumbrou interesse público para sua intervenção.

Este o relatório, no que tem de essencial.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos da admissibilidade do recurso, passo a análise meritória do apelo.

A questão a ser analisada no presente recurso, incide sobre a validade do acordo formalizado entre o apelado e o ente público apelante, restando homologado pelo juízo a quo pondo fim a querela com julgamento de mérito na forma do inciso III, do art. 269 do CPC, sendo este o cerne do apelo.

SOBRE A VALIDADE DO ACORDO JUDICIAL

Há que ser destacado que o acordo foi firmado por advogado legalmente constituído pelo apelado com poderes para transigir (procuração ad judicia e extra, fls. 08) e pela Prefeita em exercício do Municipal de Caucaia (fls. 89).

Neste ponto, a matéria, de há muito deslindada, estabelece validade ao acordo firmado em vista das partes pactuantes serem jurídica e plenamente capazes para tanto.

A possibilidade do ente público municipal poder transacionar extrajudicialmente, ressaem arestos respectivamente do STJ, deste Tribunal e do TJ de Minas Gerais, *in verbis*:

> "EMENTA: Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem

disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à ultimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido." (STF: RE nº 253885/MG, 1ª T., relª Ministra Ellen Gracie, v.u., DJ de 21/06/2002, p. 118).

Apelação cível 2381633200480600000
Relator(a): EDITE BRINGEL OLINDA ALENCAR
Órgão julgador: 3ª Câmara Cível
Data de registro: 06/10/2006
Ementa: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CONTRA SENTENÇA QUE JULGOU CONJUNTAMENTE AÇÃO ANULATÓRIA E EMBARGOS À: EXECUÇÃO IMPROCEDENTES. 1. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM* REJEITADA. SINDICATO. PERSONALIDADE JURÍDICA ADQUIRIDA APÓS O REGISTRO CIVIL NO CARTÓRIO. 2. EFEITO APENAS DEVOLUTIVO. ART. 520, V, DO CPC. 3. ACORDO JUDICIAL FIRMADO, EM PRIMEIRO GRAU, ENTRE O SINDICATO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE PIQUET CARNEIRO E A MUNICIPALIDADE, DEVIDAMENTE HOMOLOGADO POR JUÍZO COMPETENTE, VALIDADE. 4. DESNECESSIDADE DE DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO POR AUSÊNCIA DE LITIGIOSIDADE. 5. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO ATO EM FACE DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS PÚBLICOS E DA FALTA DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE, NO CASO, DE TRANSAÇÃO JUDICIAL PELO PODER PÚBLICO EM FACE DA NATUREZA DO OBJETO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO ATESTADA ATRAVÉS DE MANIFESTAÇÃO POSTERIOR DO ÓRGÃO FISCALIZADOR COM RATIFICAÇÃO DOS ATOS PRETÉRITOS. 6. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, PARA O FIM DE REDUZIR OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO PATAMAR DE 5% (CINCO POR CENTO) DO VALOR DA CAUSA.

"Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS - ACORDO JUDICIAL CELEBRADO ENTRE A PREFEITURA MUNICIPAL E O PARTICULAR - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO INTERESSE PÚBLICO - VALIDADE DA TRANSAÇÃO. - A celebração de acordo judicial pelo administrador

> público deve observar obrigatoriamente o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular e da indisponibilidade do interesse público. - Se o acordo atendeu a finalidade pública pela qual deve se nortear, trazendo vantagens para o Poder Público, deve prevalecer." (TJMG: Ap. Cív. nº 1.0433.05.152959-5/001, relª Desª Heloísa Combat, v.u., Dj de 13/03/2007).

Os vícios apontados pelo município/apelante, não encontram respaldo jurídico a lhe agasalhar. No que se relaciona à origem da dívida, esta deveria ser questionada através dos embargos à monitória, discussão superada em sede de apelação, prejudicada pelo fato das partes terem pactuados, pondo fim a avença com resolução de mérito, onde restaram acordadas condições de pagamentos, nos termos do referido acordo (fls. 89).

SOBRE O ARREPENDIMENTO DO ACORDO JUDICIAL

Sobre o acordo judicial, tendo o advogado poderes especiais para transigir e firmar acordo, e do outro lado a própria prefeita representante da municipalidade, descabem questionamentos acerca da validade do acordo firmado extrajudicialmente e homologado em juízo, pois que atendidos os requisitos de eficácia do ato jurídico perfeito (art. 104 do Código Civil).

A propósito, tem-se decisões desta Corte e do STJ, a seguir:

> Apelação cível 626080200080601541
> Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES
> Órgão julgador: 3ª Câmara Cível
> Data de registro: 25/01/2007
> Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. TRANSAÇÃO. HOMOLOGAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. ARREPENDIMENTO POSTERIOR. APELAÇÃO. NÃO CABIMENTO. AÇÃO PRÓPRIA. RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. O simples arrependimento ou suposto prejuízo após a homologação de acordo, sem evidência de qualquer vício, por si só, não enseja o reexame da questão, através de recurso apelatório. 2. Neste caso, compete a parte interessada, em assim entendendo, buscar sua desconstituição em sede de ação própria. 3. Recurso não conhecido.
>
> "PROCESSUAL CIVIL. TRANSAÇÃO. EXTINÇÃO DO PROCESSO. ART. 269, III, CPC. HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO. ARREPENDIMENTO. ALEGAÇÃO POR UMA DAS PARTES. IMPOSSIBILIDADE. DOUTRINA. PRECEDENTE. RECURSO

> PROVIDO.
> I – Homologado o acordo e extinto o processo, encerra-se a relação processual, sendo vedado a uma das partes, que requerera a homologação, arguir lesão a seus interesses, somente podendo fazê-lo em outro processo.
> II – Conforme registra a doutrina, se "o negócio jurídico da transação já se acha concluído entre as partes, impossível é a qualquer delas o arrependimento unilateral, mesmo que ainda não tenha sido homologado o acordo em Juízo. Ultimado o ajuste de vontade, por instrumento particular ou público, inclusive por termo nos autos, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contraentes, de sorte que sua rescisão só se torna possível 'por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa' (Cód. Civ., art. 1.030)"(REsp 331059 / MG Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA DJ 29.09.2003)

Em outro ponto, o apelante alega que não poderia recair o adimplemento do acordo sobre o FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS, em vista do art. 167, inciso IV da Carta Magna e ao art. 42 da Lei Complementar n° 101, de 04/05/2000.

Do art. 42 da Lei Complementar acima referida, há que ser destacado que o texto legal reporta-se a proibição do administrador "contrair obrigação de despesa", quando na verdade o acordo refere-se a dívida cobrada judicialmente, através desta ação monitória, contraída desde o ano de 1996, e representa RESTOS A PAGAR, conforme documentação acostada à exordial. Com isso demonstra-se que o pacto não criou despesa nova, mas sim, estabeleceu a forma de pagamento da dívida existente há vários anos. Registre-se que o ente público não consegue desnaturar o débito, e questiona a foma de adimplemento dele, sem fundamentação plausível, contudo.

No que pertine ao inciso IV, do art. 167 da Constituição Federal de 1988, não se amolda ao caso sub examine, pois, o texto constitucional refere-se a valores oriundos de tributos, enquanto a transação aqui tratada tem como fonte de adimplemento o FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS (repasse feito pela UNIÃO FEDERAL na forma do art. 159, b e d da Constituição Federal de 1988), juridicamente, de origem constitucional, sendo fundo especial utilizado como instrumento de repasse pela União, com o objetivo de promover o equilíbrio regional da nação brasileira.

Portanto, para os municípios, o FUNDO DE PARTICIPAÇÃO não tem origem tributária que possa permitir o seu enquadramento no inciso IV do art. 167 da nossa Carta Maior, posto que, tendo origem constitucional, não pode ser definido, para o ente municipal, como oriundo de fonte tributária, mas sim de fonte constitucional.

Assim, as pretensões do recorrente restam sucumbidas no âmbito deste recurso, a teor da legislação e da jurisprudência acima apresentadas.

ISTO POSTO, lastreado na fundamentação supra, CONHEÇO DO

PRESENTE RECURSO, PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, restando perfeita e a acabada a transação homologada pela sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza-Ce, 23 de janeiro de 2012.

PROCESSO Nº 4650-15.2004.8.06.0000/0
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: JOÃO CHAGAS MOTA
APELADO: DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM E TRANSPORTES – DERT
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO G*LADYSON PONTES*

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO – APELAÇÃO CÍVEL – PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS – ILEGALIDADES NÃO VERIFICADAS - PENALIDADE CORRETAMENTE APLICADA - ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SEM VÍCIOS. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. No caso concreto, o Apelante não poderia se ressentir de vício relacionado à sua defesa, uma vez que a ele foram franqueadas todas as oportunidades para se manifestar contrariamente aos fatos narrados, por ocasião do procedimento disciplinar, em conformidade ao que dispõe o enunciado da Súmula nº 20, do STF, que diz: "É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso."

2. É remansosa a jurisprudência do STJ no sentido de que eventual nulidade dos atos exigem a comprovação do prejuízo, desde que para a sua ocorrência não haja concorrido o reclamante. É o que a doutrina diz tratar o princípio do *pas de nullité sans grief*. E, no presente caso, entremostra-se clara a contribuição do Apelante para a ausência de eventuais provas que militassem ao seu favor.

3. Uma vez configurada, no âmbito administrativo, a acusação que recaía contra o Apelante, ou seja, de que estaria exercendo atividade laboral paralela ao seu cargo no DERT, e, assim, prejudicando o bom andamento do serviço público, e o erário público, foi punido com a pena de demissão, corretamente aplicada pela autoridade julgadora.

4. Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever,

insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções (arts. 193; 197; 199, da Lei nº 9.826/74). Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei.

5. Dessa forma, entendo razoável e proporcional a pena aplicada face à gravidade da conduta praticada pelo Apelante, de forma que não identifico afronta aos princípios implicitamente insculpidos na Constituição Federal (da razoabilidade e da proporcionalidade.

Apelação conhecida e improvida.

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 do recurso apelatório para NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por JOÃO CHAGAS MOTA nos autos da Ação de Anulação de Procedimento Administrativo c/c Reintegração ajuizada contra a autarquia estadual DEPARTAMENTO DE ESTRADAS DE RODAGEM E TRANSPORTES – DERT, pois insatisfeito com a sentença de fls. 190/193, complementada pela decisão dos Embargos Declaratórios de fls. 214/215, ambas prolatadas pelo juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial.

Em suas razões recursais, fls. 218/234, o Apelante insurge-se contra a decisão recorrida por não ter o magistrado a quo reconhecido a suposta nulidade do Processo Administrativo que culminou na demissão do recorrente. Alega o Apelante que não lhe fora oportunizada defesa adequada, sendo desproporcional a pena a ele aplicada, além de ausentes provas dos fatos contra si imputados. Requer, assim, o reconhecimento da nulidade do referido Processo Administrativo, e, consequentemente, que seja reintegrado ao cargo de Topógrafo do DERT, sendo-lhe pagos os vencimentos e vantagens que deixou de auferir desde a data da sua demissão.

Não houve contrarrazões do Apelado.

Opinou a Procuradoria de Justiça, fls. 248/257, pelo improvimento do recurso aviado.

Em virtude do falecimento do Apelante (Certidão de Óbito à fl. 268), seu

cônjuge supérstite, Margarida Maria Sabino Mota, requereu habilitação nos autos para integrar o polo ativo da demanda (fls. 264/265).

Intimado para se manifestar sobre a pretensa habilitação, o Apelado requereu a extinção do processo, com base no art. 267, inciso IX, do CPC (fls. 276/278).

O então Desembargador Celso Albuquerque Macêdo, por meio da decisão de fls. 281/284, deferiu a habilitação do cônjuge do Apelante, determinando, ainda, a intimação dos demais sucessores.

Às fls. 287/290, Margarida Maria Sabino Mota junta a Certidão de Nascimento de sua filha, Bárbara Sabino Mota, e a Certidão de Casamento de seu filho, João Sabino Neto Mota.

É o relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Inicialmente, convém destacar que ao presente processo habilitaram-se no polo ativo o cônjuge supérstite do Apelante, Margarida Maria Sabino Mota, e seus dois filhos, Bárbara Sabino Mota e João Sabino Neto Mota, nos moldes da Lei Adjetiva Civil.

Sendo legítimas as partes neste feito, e presentes os demais pressupostos recursais, passo à análise dos pontos controvertidos.

In casu, cinge-se a questão em aferir a legalidade, ou não, do Processo Administrativo promovido pelo Apelado contra o Apelante, e, caso positivo, se a pena a ele aplicada observou a gradação legal, de forma a não infringir os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O Apelante foi incurso nos arts. 193, incisos XIII e XIV da Lei nº 9.826/74, (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado do Ceará), que rezam assim:

> Art. 193 - Ao funcionário é proibido:
>
> [...]
>
> XIII - entreter-se, nos locais e horas de trabalho, com atividades estranhas às relacionadas com as suas atribuições, causando prejuízos a estas;
>
> XIV - deixar de comparecer ao trabalho sem causa justificada;

Consta dos fólios processuais a acusação de que o Apelante, João Chagas Mota, prestou serviços à sociedade empresária BRAGATUR – Braga Transporte e Turismo Ltda., atuante no ramo de transportes, em determinado período, coincidente ao tempo em que exercia o cargo público de Topógrafo, na autarquia estadual do DERT – Departamento de Estradas de Rodagem e Transportes.

João Chagas Mota foi nomeado ao cargo de Topógrafo no ano de 1975 (fls. 22-v/23), sendo que o período no qual é acusado de exercer atividade laboral paralela ao referido cargo teve início em 04/08/1995, e findou-se em 06/09/1996, conforme consta nos documentos de fls. 25/29 (manifestação da sociedade empresária, por seu representante, e cópia da Reclamação Trabalhista proposta contra a aludida sociedade empresária).

Comissão Permanente de Inquérito, composta por seis membros, foi constituída pelo Superintendente do DERT, tendo sido o ato instituidor publicado no Diário Oficial do Estado do Ceará no dia 31/03/1995 (fl. 58), dando cumprimento ao que preconiza os arts. 211 e 212 do Estatuto dos Servidores Públicos Civis, *in verbis*:

> Art. 211 - O inquérito administrativo será realizado por Comissões Permanentes, instituídas por atos do Governador, do Presidente da Assembleia Legislativa, do Presidente do Tribunal de Contas, do Presidente do Conselho de Contas dos Municípios, dos dirigentes das Autarquias e dos órgãos desconcentrados, permitida a delegação de poder, no caso do Governador, ao Secretário de Administração.
> Art. 212 - As Comissões Permanentes de Inquérito Administrativo compor-se-ão de três membros, todos funcionários estáveis do Estado ou de suas autarquias, presidida pelo servidor que for designado pela autoridade competente, que colocará à disposição das Comissões o pessoal necessário ao desenvolvimento de seus trabalhos, inclusive os de secretário e assessoramento.

Instaurado o Inquérito Administrativo contra o Apelante, no dia 15/04/1997 (fl. 24), foi determinada a sua citação (fl. 63 e 66), dando cumprimento ao art. 214 da mencionada lei regedora dos servidores públicos civis, que diz:

> Art. 214 - Abertos os trabalhos do inquérito, o Presidente da Comissão mandará citar o funcionário acusado, para que, como indiciado, acompanhe, na forma do estabelecido neste Estatuto, todo o procedimento, requerendo o que for do interesse da defesa.
> Parágrafo único - A citação será pessoal, mediante protocolo, devendo o servidor dele encarregado consignar, por escrito, a recusa do funcionário em recebê-la. Em caso de não ser encontrado o funcionário, estando ele em lugar incerto e não sabido, a citação far-se-á por edital, publicado no Diário Oficial do Estado, com prazo de 15 (quinze) dias, depois do que, não comparecendo o citado, ser-lhe-á designado defensor, nos termos do art. 184, item III e § 1º do art. 185.

Em seguida, todos os atos e diligências realizadas no Processo Administrativo foram comunicadas ao Apelante e ao seu procurador (fls. 66; 83; 86). Porém, foram frustradas as tentativas para ouvir o Acusado/ Apelante (fls. 74/75; 81; 83/84; 86), até que seu interrogatório realizou-se com a presença de uma defensora ad hoc, nomeada pelo Presidente do ato, tendo em vista a renúncia do mandato feita

pelo advogado (fls. 87; 89/90). Anote-se que as razões dos adiamentos da audiência de interrogatório eram sempre relacionadas à suposta impossibilidade de comparecimento do patrono do Apelante, sendo que não há nos autos a comprovação de tais alegações (fls. 74/75; 84).

No interregno entre a primeira tentativa de oitiva do Apelante e o dia de seu interrogatório, o recorrente teve a oportunidade de especificar as provas que pretendia produzir, notadamente relativas à prova testemunhal, como consignado no ato citatório (fl. 66). Quedou-se, entretanto, a formular pedido genérico quanto à produção das provas na sua peça de defesa, apresentada fora do prazo legal (fls. 115/117; 121).

Finalmente, o Processo Administrativo foi relatado pelos integrantes da Comissão Permanente de Inquérito, e julgado pela autoridade competente (fls. 128/130; 134), tudo em conformidade com o que preconiza o multicitado Estatuto dos Servidores Públicos Civis, *in verbis*:

> Art. 215 - Citado, o indiciado poderá requerer suas provas no prazo de 5 (cinco) dias, podendo renovar o pedido, no curso do inquérito, se necessário para demonstração de fatos novos.
> Art. 216 - A falta de notificação do indiciado ou de seu defensor, para todas as fases do inquérito, determinará a nulidade do procedimento.
> Art. 217 - Encerrada a fase probatória, o indiciado será notificado para apresentar, por seu defensor, no prazo de 10 (dez) dias, suas razões finais de defesa.
> Art. 218 - Apresentadas as razões finais de defesa, a Comissão encaminhará os autos do inquérito, com relatório circunstanciado e conclusivo, à autoridade competente para o seu julgamento.

A decisão administrativa foi publicada na edição do dia 11/12/1997, no Diário Oficial do Estado, sendo totalmente descabida a alegação do Apelante ao se dizer impedido de exercer o direito de recorrer, garantido constitucionalmente (fl. 138).

No caso concreto, o Apelante não poderia se ressentir de vício relacionado à sua defesa, uma vez que a ele foram franqueadas todas as oportunidades para se manifestar contrariamente aos fatos narrados, por ocasião do procedimento disciplinar, em conformidade ao que dispõe o enunciado da Súmula nº 20, do STF, que diz: "É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso."

Vãs são as alegações do Apelante quando diz que o Processo Administrativo instaurado contra si não foi precedido de Portaria e de Sindicância, tornando-se, por isso, nulo.

Ora, a Sindicância é procedimento dispensável em relação ao Inquérito Administrativo (arts. 179, § 2º e 209, § 4º, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis). Quanto às alegações de cerceamento de defesa pela suposta ausência de Portaria, onde deveriam constar os dispositivos nos quais incurso o Apelante, não merece prosperar. É farta a comprovação dos referidos dispositivos em que incurso o recorrente, seja no

ato citatório, ou na sua própria peça de defesa. Se o Apelante deixou de produzir outras provas, diversas das documentais, deu-se exclusivamente por sua culpa. Isso porque restou evidente o descaso com que o Apelante cuidou do Processo Administrativo em comento, notadamente pelas sucessivas remarcações das audiências de interrogatório, deixando transparecer intuito protelatório de sua parte.

Concluo, assim, que não houve cerceamento de defesa, como quer dizer o Apelante. Está claro que o procedimento administrativo encontra-se em estrita observância à legislação em vigor, infirmando-se, consequentemente, as alegações do recorrente. É remansosa a jurisprudência do STJ no sentido de que eventual nulidade dos atos exigem a comprovação do prejuízo, desde que para a sua ocorrência não haja concorrido o reclamante. É o que a doutrina diz tratar o princípio do *pas de nullité* sans grief. E, no presente caso, entremostra-se clara a contribuição do Apelante para a ausência de eventuais provas que militassem ao seu favor.

Visto a inexistência de nulidade quanto ao procedimento tomado pela Comissão Permanente de Inquérito do Apelado, torna-se incabível a apreciação, por este órgão julgador, a respeito da configuração, ou não, dos atos proibidos atribuídos ao Apelante (arts. 193, XII e XIV, do Estatuto dos Servidores Públicos Civis), sob pena de adentrar em matéria de mérito, afeta tão somente à esfera administrativa.

É que ao Poder Judiciário cabe tão somente a apreciação de aspectos de legalidade e constitucionalidade que circundam a esfera jurídica dos atos administrativos. Dessarte, o magistrado não poderá adentrar no mérito administrativo das decisões emanadas dos demais Poderes do Estado, sob pena de ferir o pacto federativo, insculpido na Constituição da República como princípio fundamental do Estado (art. 2º, da CF/88).

Sobre os pontos até aqui debatidos, destaco os seguintes arestos de jurisprudência do STJ:

> MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. ILEGALIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. NÃO COMPROVAÇÃO. INDEFERIMENTO PRODUÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. SEGURANÇA DENEGADA. I - Apenas se proclama a nulidade de um ato processual quando houver efetiva demonstração de prejuízo à defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos, sendo aplicável o princípio do pas de nullité sans grief. II - A comissão processante pode indeferir motivadamente o pedido de produção de prova quando o conjunto probatório se mostrar suficiente para a comprovação dos fatos, sem que isso implique cerceamento de defesa. III - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a

independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese.
IV - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. V - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. VI - Segurança denegada. (MS 15.064/DF, Rel. Ministro GILSON DIPP, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/11/2011, DJe 17/11/2011)

RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO PARA O SERVIDOR. NÃO COMPROVAÇÃO DE NULIDADE DO PROCESSO DISCIPLINAR POR EXCESSO DE PRAZO. 1. Tendo sido devidamente observados o contraditório e a ampla defesa, bem como oportunizada no processo disciplinar a ampla participação do servidor, representado na maior parte do procedimento por advogado constituído, não prospera a alegação de cerceamento de defesa. 2. Não há falar em nulidade do processo disciplinar por ausência de oitiva de uma das testemunhas de defesa que, apesar de intimada, não compareceu à audiência, uma vez que não demonstrada a ocorrência de prejuízo para o servidor. 3. Da mesma forma, o excesso de prazo para a conclusão do processo administrativo disciplinar não é causa de nulidade quando não comprovado prejuízo à defesa do servidor. Precedentes. 4. Recurso ordinário improvido. (RMS 28.238/PI, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 01/07/2011)

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCESSO DISCIPLINAR. DEMISSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE RAZOABILIDADE NA PENA APLICADA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA. SÚMULA VINCULANTE Nº 5. 1. A alegação de nulidade e de ilegalidade no fato de ter a autoridade indeferido pedido de produção de prova não acarreta cerceamento de defesa, se a autoridade entendeu que as provas requeridas não guardavam pertinência com o objeto do processo, e pelo qual estava sendo o impetrante investigado. Precedente. 2. Cabe ao acusado diligenciar para que sejam anexadas aos autos as provas que pretendesse produzir em tempo hábil, de acordo com os prazos dispostos na Lei nº 8.112/90. 3. Não há falta de razoabilidade na aplicação da pena de demissão, se ao impetrante foi imputada a conduta de improbidade administrativa, que nos termos da Lei nº 8.112/90, tem como única penalidade cabível a demissão.

> 4. Nos termos da Súmula Vinculante nº 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa. 5. Segurança denegada. (MS 10.420/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/05/2009, DJe 25/06/2009)
>
> ADMINISTRATIVO. (...) REEXAME DO MÉRITO ADMINISTRATIVO PELO PODER JUDICIÁRIO. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. MOTIVAÇÃO SUFICIENTE DA DECISÃO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUTORIDADE COMPETENTE. ACÓRDÃO PAUTADO SOBRE A ANÁLISE DE MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO SÚMULA 07/STJ. 1. O aresto recorrido analisou fundamentadamente todas as alegações trazidas pelas partes, de forma a exaurir a controvérsia, manifestando-se expressamente sobre os dois pontos tidos por omissos (motivação válida da decisão e competência do juízo para autorizar a interceptação telefônica), não havendo razão para se cogitar em violação do art. 535, II, do CPC. 2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou-se na linha de que o controle jurisdicional dos processos administrativos se restringe à regularidade do procedimento, à luz dos princípios do contraditório e da ampla defesa, sem exame do mérito do ato administrativo. Precedentes. 3. Da leitura do aresto recorrido, segundo análise feita das provas colacionadas aos autos, vislumbra-se que o processo administrativo disciplinar teve regular andamento, com a estrita observância ao princípio do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, sem qualquer evidência de prejuízo à defesa, não havendo que se falar em ausência de motivação do ato que determinou a exclusão do recorrente. (…) 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (REsp 1185981/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 03/10/2011)

Relativamente à suposta ilegalidade quanto à gradação da pena aplicada ao Apelante, também imerece acolhimento a pretensão deduzida na presente Apelação.

Totalmente descabida é a alegação do Apelante quando invoca o art. 197 do Estatuto em voga para clamar pela aplicação da sanção de repreensão, considerando sua suposta primariedade no âmbito administrativo.

Da leitura do citado dispositivo depreende-se, com clareza solar, que a sanção de repreensão somente pode ser levada a efeito pela autoridade julgadora nos casos compreendidos como de "faltas leves", que, sequer, são previstos no Estatuto.

Vejamos:

> Art. 197 – Aplicar-se-á a repreensão, sempre por escrito, ao funcionário que, em caráter primário, a juízo da autoridade competente, cometer falta leve, não cominável, por este Estatuto, com outro tipo de sanção.

Uma vez configurada, no âmbito administrativo, a acusação que recaía contra o Apelante, ou seja, de que estaria exercendo atividade laboral paralela ao seu

cargo no DERT, e, assim, prejudicando o bom andamento do serviço público, e o erário público, foi punido com a pena de demissão, corretamente aplicada pela autoridade julgadora (fl. 124).

O art. 196, inciso IV, reza assim:

> Art. 196 - As sanções aplicáveis ao funcionário são as seguintes:
>
> I - repreensão;
> II - suspensão;
> III - multa;
> IV - demissão;
> V - cassação de disponibilidade;
> VI - cassação de aposentadoria.

O necessário é que a Administração Pública demonstre a legalidade da punição imposta ao seu servidor. Assim, restará plenamente justificado o ato administrativo.

Não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal. A maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exação no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções (arts. 193; 197; 199, da Lei nº 9.826/74).

Isto significa que a Administração dispõe de discricionariedade no enquadramento da falta dentre os ilícitos previstos na lei.

No caso, entendo razoável e proporcional a pena aplicada face à gravidade da conduta praticada pelo Apelante, de forma que não identifico afronta aos princípios implicitamente insculpidos na Constituição Federal (da razoabilidade e da proporcionalidade).

Casos análogos são colhidos da jurisprudência dos Tribunais pátrios. Vejamos os seguintes:

> MANDADO DE SEGURANÇA - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - NULIDADE DO PROCESSO ADMINISTRATIVO - INOCORRÊNCIA - PRESENÇA DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS - ILEGALIDADE, FALTA DE MOTIVOS E DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO VERIFICADOS- PENALIDADE CORRETAMENTE APLICADA - ATENDIMENTO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR SEM VÍCIOS. 1. O processo administrativo disciplinar cumpriu seu objetivo, apurando o fato apontado como infração administrativa, observando as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pautando-se no princípio do devido processo legal. 2. A graduação da sanção, em face da gravidade da infração, foi devidamente ponderada no momento da elaboração legislativa, primeiro momento de individualização da penalidade, restando para as sanções de maior gravidade

> penas graves como a de demissão. 3. Considerando a gravidade das condutas praticadas pelo Impetrante, não há desproporção na sanção administrativa de demissão aplicada, porquanto se trata de fatos comprovados, de extrema gravidade, que lesaram severamente a integridade física e moral da vítima. ORDEM DENEGADA. (TJPR - Órgão Especial - MSOE 694762-0 - Maringá - Rel.: Rosana Amara Girardi Fachin - Unânime - J. 16.12.2011)

> Apelação cível. Ação anulatória. Ato administrativo. Demissão de funcionário público. Processo administrativo. Motivação regular. Pena. Previsão legal. Princípio da proporcionalidade atendido. Recurso não provido.1. O princípio da motivação, consagrado pela doutrina e jurisprudência, impõe a obrigatoriedade de o Administrador Público indicar os fundamentos de fato e de direito de suas decisões. 2. A Administração Pública deve enquadrar a falta dentre as infrações funcionais previstas na lei. A penalidade imposta deve ser adequada para a infração a fim de impedir a arbitrariedade. 3. Assim, é regular a motivação que aplica penalidade com fundamento em infração que foi apurada e comprovada no processo administrativo disciplinar. 4. O princípio da razoabilidade consiste na observância de critérios aceitáveis do ponto de vista racional, devendo-se aplicar, em cada caso, a opção que melhor satisfaz o interesse público. 5. O princípio da proporcionalidade consiste no equilíbrio entre a extensão da pena e a intensidade da conduta irregular. 6. Revelando-se proporcional a sanção de demissão imposta pela conduta antijurídica do funcionário, deve a pena ser mantida.7. Apelação cível conhecida e não provida, mantida a sentença que rejeitou a pretensão inicial. (Apelação Cível n° 1.0702.08.497885-8/003, Relator Des. Caetano Levi Lopes, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de MG, Julgado em 30/03/2010)

Ressalto, por fim, que o fato da autoridade julgadora ter feito menção, impropriamente, ao art. 194, § 2º da Lei nº 9.826/74, que trata do direito de opção no caso de cumulação indevida de cargos, funções ou empregos públicos, não tem o condão de tornar nula a decisão administrativa, visto não influir em nada no tocante à configuração das condutas proibidas outrora praticadas pelo Apelante.

Irreprochável a sentença recorrida.

Ante o exposto, conheço do recurso de apelação para negar-lhe provimento, devendo ser mantida in totum a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de janeiro de 2012.

PROCESSO Nº 47152-03.2003.8.06.0000/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES E SANDRA REGINA MORAS MONTEIRO.
APELADO: JOSÉ DOS SANTOS SERRÃO E FILOMENA EMÍLIA DE BARROS PRESA SERRÃO.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE PROVAS PELO INTERESSADO. DIREITO CONTRATUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. CLÁUSULA DE IRREVOGABILIDADE. IRRELEVÂNCIA. INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA RESOLUTIVA TÁCITA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3º DO CPC. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Trata-se de Apelação interposta, em face de sentença que julgou parcialmente procedente a Ação de Rescisão de Contrato de Promessa de Compra e Venda, no sentido de rescindi-lo, por inadimplência do promitente comprador, concedendo, inclusive em antecipação de tutela, reintegração de posse, sem prejuízo da possibilidade de retenção dos valores já pagos ao promitente vendedor, em sede de perdas e danos, a serem quantificados na fase liquidatória. Condenou-se ainda os recorrentes ao pagamento de dois mil reais a título de honorários advocatícios.

2- Não apontada, em contestação, documentos ou provas a serem confeccionadas, razão não assiste à parte recorrente ao reclamar do julgamento antecipado da lide, uma vez que não teve qualquer postulação probatória negada, afinal, nada solicitara, precluindo, por conseguinte, a realização de tal ato processual. Ademais, é certo que o magistrado não está inexoravelmente vinculado à realização da audiência de instrução, cabendo, a seu juízo, ponderar acerca da real necessidade da mesma, nos moldes do art. 330, I do CPC, em prestígio aos Princípios da Razoável Duração do Processo e Celeridade da Prestação Jurisdicional, ambos detentores da qualidade de Direito Fundamental, por ordem do art. 5º, LXXVIII da Lei Maior.

3- Deve-se também notar que uma vez não realizado o imperioso pedido por produção de provas, com a consequente indicação das mesmas, não há lógica em exigir intimação da parte que nada postulou neste sentido acerca do julgamento antecipado da lide; afinal, não se vislumbra interesse processual, em razão da inexistência de prejuízo, em atenção à máxima "Pas nullité sans grief", pois os promovidos não tiveram negada qualquer pretensão probatória.

4- O caráter irretratável do negócio realizado proíbe o arrependimento, ou seja, veda a hipótese de uma das partes contratantes de se recusar a prosseguir com o trato firmado, o que não engloba a situação em exame. O pleito autoral é juridicamente possível e não contraria a natureza irretratável

do contrato firmado, pois a sistemática do Direito Contratual pátrio, protege o contratante que não obteve a devida contraprestação, por força da exceção de contrato não cumprido e da cláusula resolutiva tácita, cuja presença é presumida em qualquer contrato e já constava expressa no art. 1092, § único do Código Civil de 1916.
5- Inadimplido o contrato por parte do promitente comprador, é procedente a pretensão dos apelados em requererem a rescisão do contrato e a reintegração de posse, sem prejuízo de perdas e danos.
6- Existente condenação, embora ilíquida, devem os honorários advocatícios serem arbitrados em conformidade com art. 20, § 3º do CPC, razão pela qual reformo a sucumbência honorária para o percentual de 15 % (quinze por cento) sobre o valor da condenação, a ser estabelecida em liquidação. Ressalto que tal valor encontrará limite no máximo de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em honra ao Princípio da Vedação a *Reformatio in Pejus*.
7- Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer, para dar parcial provimento ao recurso em referência, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta por ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES E SANDRA REGINA MORAS MONTEIRO, em face de sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo nº 200202177971, que julgou parcialmente procedente a Ação de Rescisão de Contrato de Promessa de Compra e Venda ajuizada por JOSÉ DOS SANTOS SERRÃO E FILOMENA EMÍLIA DE BARROS PRESA SERRÃO.

Em exordial às fls. 02 – 07, narram os autores da ação originária que firmaram contrato preliminar com o polo passivo da demanda (apelantes), pelo qual se comprometeram a realizar a venda de imóvel aos réus, mediante o pagamento do valor de R$ 110.000,00 (cento e dez mil reais), a serem adimplidos da seguinte forma: R$ 10.000,00 na assinatura do contrato preliminar, como sinal; R$ 40.000,00 parcelados em quatro prestações de R$ 10.000,00 e o restante do valor dividido em vinte e quatro parcelas de R$ 2.500,00.

Informa o polo autoral que, apesar de ter cumprido com a obrigação de entregar a casa, objeto do contrato em monta, não recebeu as devidas contraprestações do avençado, razão pela qual buscou a resolução, mediante acordo extrajudicial, da pendência contratual, sem, contudo, lograr êxito no adimplemento da concessão feita em instrumento cuja cópia dormita às fls. 22 – 24 dos autos, tendo apenas recebido, do total devido, o montante de R$ 17.461,50 (dezessete mil e quatrocentos e sessenta e um

reais e cinquenta centavos).

Assim, reclamando do descumprimento do contrato firmado, adentrou ao judiciário postulando pela sua rescisão e reintegração da posse do imóvel, inclusive em caráter liminar, requerendo ainda que as quantias já pagas e benfeitorias realizadas fossem perdida pelos promovidos.

Em despacho de fls. 28, o Douto Juízo singular ordenou o aditamento da petição inicial, para adequação do rito processual, em razão da cumulação de pedidos de reintegração de posse e rescisão contratual, o que foi atendido em petição de fls. 29 – 33, sob a utilização do rito ordinário.

Consolidando a tríade processual, em contestação de fls. 40 – 41, os requeridos alegam que não existe previsão de rescisão no instrumento contratual consolidador da vontade das partes, defendendo que somente seria possível aos compradores a promoção de cobrança do débito pendente, majorado pelos acréscimos contratuais de multa e juros.

Explicam os requeridos que o atraso na obrigação contratual foi dado por razões alheias à vontade própria e que não teriam sido recepcionados pelos promoventes, na oportunidade em que afirmam ter buscado contatá-los, mormente em alegada suspensão de envio de boletos bancários referentes às parcelas. Ademais afirmam que o imóvel não apresenta boas condições para moradia, em decorrência de infiltrações nas paredes.

Em pleitos finais, requerem a designação de audiência de conciliação e a improcedência total da ação.

Réplica às fls. 44 – 48, na qual são reiteradas as razões da exordial.

Em sentença de fls. 49 – 52, o Douto Juízo singular, considerando a natureza preliminar do contrato firmado, pondera que o domínio do imóvel ainda pertence aos vendedores e, uma vez não adimplida a contraprestação assumida na promessa de compra e venda, não há obrigação de se manter os promitentes compradores da posse do imóvel, por força do art. 5º, XXII da Carta Magna.

Por fim, decidiu-se pela parcial procedência da causa, no sentido de rescindir o contrato questionado e reintegrar o polo autoral em sua posse, em forma de antecipação de tutela, resguardando o direito dos autores de reter parte dos valores pagos pelos requeridos, a título de perdas e danos, a serem apurados em liquidação, condenando ainda os réus ao pagamento de R$ 2.000,00 (dois mil reais) a título de honorários advocatícios, além das custas processuais.

Inconformado com o decisum prolatado, os réus interpuseram o apelo de fls. 56 – 58, no qual reclamam de caráter ultra petita da sentença, em virtude da concessão de medida antecipatória da tutela, sem que houvesse expressa solicitação da parte interessada.

Reclamam também da ausência de intimação anunciando o julgamento antecipado da lide e pelo fato de não ter sido dada a oportunidade de produção de provas, apontando ainda a existência de vícios redibitórios, razão pela qual postulam

pela reforma da decisão singular.

Contrarrazões de apelação às fls. 65 – 69, oportunidade em que foi defendida a integridade da sentença recorrida.

Manifestação da parte recorrente às fls. 94, na qual se corroborou interesse no prosseguimento do feito, em resposta ao despacho de fls. 91.

Logo após, os autos foram a mim conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Apelação interposta por ROGÉRIO VIEIRA RODRIGUES E SANDRA REGINA MORAS MONTEIRO, em face de sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos do processo nº 200202177971, que julgou parcialmente procedente a Ação de Rescisão de Contrato de Promessa de Compra e Venda ajuizada por JOSÉ DOS SANTOS SERRÃO E FILOMENA EMÍLIA DE BARROS PRESA SERRÃO.

A presente querela, em suma, engloba discussão acerca da rescindibilidade de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, com cláusula de irrevogabilidade (cláusula quinta do contrato anexo às fls. 11 - 14), em decorrência do inadimplemento do promitente comprador.

Surgem também questões redibitórias acerca do objeto do contrato, bem como alegação de *erro in procedendo*, por ausência de marcação de audiência de conciliação e produção de provas.

Assim sendo, primeiramente, há de ser verificada a preliminar de ausência de viabilização de instrução probatória pelo Douto Magistrado singular, bem como a questão da ausência de intimação acerca do julgamento antecipado da lide, com vistas a determinar se a sentença foi proferida em conformidade com o Princípio do Devido Processo Legal.

É certo que o magistrado não está inexoravelmente vinculado à realização da audiência de instrução, cabendo, a seu juízo, ponderar acerca da real necessidade da mesma, o que de forma alguma transgride o Princípio do Devido Processo Legal, em verdade, concretiza-o, na medida em que se privilegia valores correlacionados, tais como: Razoável Duração do Processo e Celeridade da Prestação Jurisdicional, ambos detentores da qualidade de Direito Fundamental, por ordem do art. 5º, LXXVIII da Lei Maior.

A busca pela celeridade tem ganhado espaço na processualística moderna, ao que se destaca o instituto do julgamento antecipado da lide positivado no art. 331, I da Lei Adjetiva Civil, veja-se:

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

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

Desta feita, uma vez demonstrado nos autos condições suficientes a viabilizar o julgamento da causa, em virtude da desnecessidade de maior instrução probatória, não está o magistrado *a quo* obrigado a conduzir tal fase processual, por ausência de finalidade, o que somente traria maiores delongas processuais ao trâmite da causa.

No presente caso, é oportuno também observar que, apesar de, em sede recursal, os apelantes terem reclamado do julgamento antecipado da lide, nenhuma prova a ser produzida fora indicada em contestação, oportunidade na qual se fez, tão somente, a seguinte abstrata abordagem: "outras considerações de defesa serão discorridas no curso probatório do processo, onde se provará que os fatos alegados na inicial, não correspondem, na sua totalidade, com a verdade".

É notória a total inexistência de indicação das provas que a parte ré gostaria de produzir, uma vez que somente é feita menção programática de que os fatos expostos em exordial seriam desmerecidos por provas, cuja natureza não foi em momento algum especificada na contestação.

Insta asseverar que a contestação é o momento no qual os requeridos devem indicar as provas que pretendem produzir e já apresentar os documentos desejados, por expressa ordem legal do Código de Processo Civil, observe-se:

> Art. 300. Compete ao réu alegar, na contestação, toda a matéria de defesa, expondo as razões de fato e de direito, com que impugna o pedido do autor e especificando as provas que pretende produzir.
>
> Art. 396. Compete à parte instruir a petição inicial (art. 283), ou a resposta (art. 297), com os documentos destinados a provar-lhe as alegações.

Logo, não apontada, em contestação, documentos ou provas a serem confeccionadas, razão não assiste à parte recorrente ao reclamar do julgamento antecipado da lide, uma vez que não teve qualquer postulação probatória negada, afinal, nada solicitara, precluindo, por conseguinte, a realização de tal ato processual.

Urge salientar que, nem mesmo nas razões do recurso de apelação, mencionou-se qualquer indício de qual prova deveria ter sido produzida, o que reflete novamente a improcedência da argumentação referente a suposto cerceamento de defesa.

Destaca-se que o raciocínio exposto está em consonância com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e desta Colenda Corte Estadual, assim colaciona-se:

> RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. PROTESTO. INTIMAÇÃO. IDENTIFICAÇÃO DO

> RECEBEDOR. DESNECESSIDADE. 1. O julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa se a parte não especifica no momento oportuno as provas que pretendia produzir, quando instada a tanto pelo juiz. 2. Para a validade da intimação do protesto é suficiente a comprovação de que a correspondência foi enviada ao endereço do devedor fornecido pelo apresentante (Art. 14 da Lei 9.492/97). 3. A fé pública de que goza o Tabelião faz presumir a veracidade de suas certidões, que não cede perante simples alegações desacompanhadas de robustas provas. (STJ - REsp 784.448/SP, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2008, DJe 05/03/2008) "Grifei".
>
> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS À EXECUÇÃO - JULGAMENTO ANTECIPADO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA - APELO GENÉRICO - AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DAS PROVAS E DE SUA PROVÁVEL INFLUÊNCIA NO JULGAMENTO DA CAUSA - IMPOSSIBILIDADE - MÉRITO - EMPRÉSTIMOS E CONFISSÃO DE DÍVIDA - SUBSTABELECIMENTO DE PROCURAÇÃO - VALIDADE - RECURSO DESPROVIDO. 1.Inexiste ilegalidade ante o julgamento antecipado da lide, uma vez que o julgador é livre para deixar de realizar atos e provas que reputar desnecessários para o exame da causa, conquanto aprecie o que reputa substancial para o deslinde do feito, prolatando sua decisão de modo fundamentado, conforme ocorreu na espécie (art. 93, IX, da CF/1988 e arts. 130, 131 e 330 do CPC). Precedentes do STJ. 2. Se o magistrado de primeira instância entendeu que os documentos que instruíram a causa eram suficientes para o julgamento antecipado do feito, qualquer modificação desse decisum necessitaria de demonstração circunstanciada de que seriam necessárias outras provas, e não somente o apelo genérico, transcrevendo-se lições doutrinárias e julgados diversos. Deve o recorrente apontar quais provas pretendia fazer e em que estas poderiam influir no julgamento da causa, o que não houve in casu. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. […] 9. APELO DESPROVIDO, SENTENÇA *A QUO* MANTIDA. (TJ/CE - Apelação 7395804200580600011 Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 16/08/2011)

Diante do exposto, deve-se também notar que uma vez não realizado o imperioso pedido por produção de provas, com a consequente indicação das mesmas, não há lógica em exigir intimação da parte que nada postulou neste sentido acerca do julgamento antecipado da lide; afinal, não se vislumbra interesse processual, em razão da inexistência de prejuízo, em atenção à máxima "Pas nullité sans grief", pois os promovidos não tiveram negada qualquer pretensão probatória.

É interessante também abordar que os apelantes reclamaram pela não designação de audiência de conciliação, manifestando intuito em negociar uma composição amigável para solucionar a lide. Contudo, ressalta-se que os apelados demonstraram, documentadamente, uma tentativa de conciliação frustrada, denotando baixa probabilidade de que uma nova negociação lograsse êxito, mormente em razão

da natureza do pleito autoral, que consiste na rescisão contratual e não na obtenção das parcelas inadimplidas.

Ademais, a conciliação é uma faculdade das partes e não está restrita à intervenção do Poder Judiciário, desobrigando o Douto Juízo *a quo* a necessariamente realizá-la, o que, mais uma vez, deve ser ponderado em compasso com o princípio insculpido no art. 5º, LXXVIII da Carta Magna.

Conclui-se, portanto, pela improcedência das questões processuais alegadas, uma vez que não houve mitigação do Direito de Defesa da parte, em verdade, o trâmite da causa privilegiou o Princípio da Celeridade Processual, concretizando o almejado Devido Processo Legal.

Superadas as considerações iniciais, passar-se-á à análise meritória da lide, ou seja, da possibilidade de rescisão de contrato de promessa de compra e venda com cláusula de irrevogabilidade, para tanto, é imprescindível contextualizar a irretratabilidade do compromisso firmado com o caráter obrigacional da questão.

É certo que as obrigações civis são, desde o seu surgimento, teleologicamente vinculadas ao respectivo termo final, pois a expectativa de atendimento aos moldes acordados orientam a própria formação do acordo de vontades.

Desta feita, as relações contratuais de ordem pessoal deverão estar restrita em delimitado aspecto temporal, sob pena de extravasarem os limites da transitoriedade própria da natureza jurídica do instituto em monta.

Elucidando a matéria, é salutar invocar os ensinamentos do Ilustre Doutrinador Silvo de Salvo Venosa:

> As obrigações, direitos pessoais, têm como característica fundamental seu caráter transitório (ver neste volume seção 1.1). A obrigação visa a um escopo mais ou menos próximo no tempo. Atingida a finalidade para a qual foi criada, a obrigação extingue-se. Essa é a exata noção presente no contrato. O contrato desempenha importantíssima função social, mas nasce para em determinado momento ser extinto em prazo mais ou menos longo. Essa é sua nobre e importante função social. Não existem obrigações perenes. Isso não é da natureza do direito pessoal. A permanência é característica dos direitos reais, a partir da propriedade, que é o direito real mais amplo. (VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 2 v. p. 487).

O patente caso retrata justamente a frustração do promitente vendedor em não obter a finalização do contrato firmado com o promitente comprador, posto que alega não ter recebido as devidas contraprestações acordadas.

Destaca-se que os próprios apelantes, em contestação, admitem estar em mora, não restando qualquer dúvida a respeito do inadimplemento contratual. Neste azo, é importante enfatizar que o valor dito como corretamente pago pelos apelados em inicial, no montante de R$ 17.461,50 (dezessete mil e quatrocentos e sessenta e um reais e cinquenta centavos), não foi combatido, razão pela qual se conclui que o contrato de

promessa de compra e venda firmado, em verdade, foi severamente descumprido e não, tão somente, objeto de simples atrasos no pagamento do acordado.

Pretende o polo recorrente se eximir da responsabilidade pela inadimplência, invocando suposta mora do credor, todavia tais afirmações não estão fundamentadas sequer em suporte probatório mínimo, conforme exige o art. 333, II da Lei Adjetiva Civil, em verdade, dos autos se extrai concreto interesse dos apelados em obter o respectivo pagamento, principalmente diante da negociação do débito realizada, que, conforme dito, foi descumprida pelos apelantes. Ademais, mesmo diante de hipotética mora do credor, tal fato não desobrigaria o devedor, pois a obrigação contratual já consolidada é válida, razão pela qual deveria ser buscada a consignação em pagamento do montante, em honra ao princípio da Boa-fé.

A parte apelante pretende também justificar sua inadimplência contratual com base em vagas alegações de existência de vícios redibitórios na construção do imóvel discutido, sob a acusação de que o mesmo não apresentaria condições para moradia, todavia tais informações também são desprovidas de sustentáculo probatório, sem que houvesse sequer indicação de alguma prova a ser produzida em fase instrutória. De toda sorte, se vícios redibitórios existem, cabe a parte interessada ingressar no judiciário com a devida ação, no entanto, não poderia se eximir da obrigação contratualmente assumida e não cumprida.

Sumariamente, constata-se real situação de inadimplência, uma vez que os promitentes compradores não honraram o contrato firmado. Diante de tal conclusão, resta analisar a possibilidade do pleito autoral pela rescisão do acordo de vontades violado.

Aduz a parte recorrente que a natureza irrevogável e irretratável, expressamente textualizada na clausula quinta do instrumento contratual utilizado impediria a rescisão do mesmo, ao que seria viável somente a execução da dívida acumulada, por meio de notas promissórias, com a possibilidade de cobrança de juros e multa.

Ocorre que o caráter irretratável do negócio realizado proíbe o arrependimento, ou seja, veda a hipótese de uma das partes contratantes de se recusar a prosseguir com o trato firmado, o que não engloba a situação em exame.

O presente caso não se trata de tentativa do promitente vendedor em desistir do contrato firmado, na verdade, está-se diante de um inadimplemento contratual do promitente comprador, que não honrou a lei estabelecida entre as partes.

Não obstante a tentativa de conciliação concretizada com o acordo extrajudicial acostado aos autos ás fls. 22 – 24, a situação permaneceu inalterada, estando os apelados sofrendo grave restrição do Direito à Propriedade, que, inclusive, possui status de Garantia Fundamental, nos moldes do art. 5º, XXII da Carta Magna, conforme bem notou o Douto Juízo singular.

Diante do substrato fático elencado, o pleito autoral é juridicamente possível e não contraria a natureza irretratável do contrato firmado, pois a sistemática do Direito

Contratual pátrio, protege o contratante que não obteve a devida contraprestação, por força da exceção de contrato não cumprido e da cláusula resolutiva tácita, cuja presença é presumida em qualquer contrato, assim ensina o Doutrinador Silvo de Salvo Venosa:

> A figura jurídica que autoriza a resolução por descumprimento imputável a uma das partes é conhecida pela denominação de pacto comissório ou cláusula resolutória, que pode ser expressa ou tácita. [...] Pode ser conceituado o pacto comissório como a cláusula penal pela qual se estipula que qualquer das partes opte pela resolução do contrato, se o outro contratante não cumpre a obrigação que lhe compete. Existe uma cláusula resolutória tácita em todos os contratos. (VENOSA, Silvo de Salvo. Direito Civil: Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 2 v. p. 492) "Grifei".

Ressalta-se que, em virtude da data dos fatos, o regime jurídico a ser observado no tratamento da causa era o estabelecido pelo Código Civil de 1916, que já previa claramente a possibilidade de resolução contratual por inadimplemento, conforme se extrai do art. 1.092, § único, veja-se:

> Art.1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro. Se, depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.
> Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

Insta asseverar que o caráter implícito da cláusula comissória apenas gera como consequência a exigência de prévia interpelação judicial para resolução do contrato, conforme já apontava a Lei Civil de 1916:

> Art.119. Se for resolutiva a condição, enquanto esta não se realizar, vigorará o ato jurídico, podendo exercer-se desde o momento deste o direito por ele estabelecido; mas, verificada a condição, para todos os efeitos, se extingue o direito a que ela se opõe. Parágrafo único. A condição resolutiva da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo.

Neste sentido, é interessante colacionar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. INADIMPLEMENTO DOS COMPROMISSÁRIOS-COMPRADORES. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. ART. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO

> CIVIL. - Caracterizado o inadimplemento dos devedores, à parte lesada era permitido requerer a resolução da avença, nos termos do disposto no art.1.092, parágrafo único, do Código Civil. - Existência da cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade irrelevantes para a solução da controvérsia. Recurso especial não conhecido. (REsp 204.709/MG, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 20/02/2001, DJ 30/04/2001, p. 137).
>
> DIREITO CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. MORA DO PROMITENTE VENDEDOR. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO-LEI 745/69. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. IMPOSSIBILIDADE. CLÁUSULA RESOLUTIVA TÁCITA. CONTRATOS BILATERAIS. PRESENÇA. CÓDIGO CIVIL, ARTS. 1.092, PARÁGRAFO ÚNICO, E 119, PARÁGRAFO ÚNICO. EXIGÊNCIA DE INTERPELAÇÃO PRÉVIA. CARACTERIZAÇÃO DA MORA. NÃO CONFIGURAÇÃO DE PRAZO CERTO. MORA *EX PERSONA*. CASO CONCRETO. RECURSO DESACOLHIDO. I - Não se aplica o art. 1º do DL 745/69 aos contratos de compromisso de compra e venda, quando a pretensão diz respeito à caracterização da mora do promitente vendedor, e não, do promissário comprador. Diante da expressa dicção legal, sequer há espaço para a interpretação extensiva. II - A cláusula resolutiva tácita pressupõe-se presente em todos os contratos bilaterais, independentemente de estar expressa, o que significa que qualquer das partes pode requerer a resolução do contrato diante do inadimplemento da outra. III - A resolução do contrato, pela via prevista no art. 1.092, parágrafo único, CC, depende de prévia interpelação judicial do devedor, nos termos do art. 119, parágrafo único, do mesmo diploma, a fim de convocá-lo ao cumprimento da obrigação. IV - Uma vez constatada a inexistência de prazo certo para o cumprimento da obrigação, a configuração da mora não prescinde da prévia interpelação do devedor. V - A citação inicial somente se presta a constituir mora nos casos em que a ação não se funda na mora do réu, hipótese em que esta deve preceder ao ajuizamento. (REsp 159661/MS, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 09/11/1999, DJ 14/02/2000, p. 35) ”Grifei”.

Após todo o explanado, resta claro que não se está diante de hipótese de arrependimento ou desistência do contrato firmado, mas sim de aplicação do regime jurídico próprio à inadimplência do promitente comprador, que não poderá vincular ad eternum o promitente vendedor a uma expectativa de recebimento de contraprestação frustrada.

Entendimento diverso possivelmente redundaria em esdrúxula situação na qual, o credor, se impossibilitado de rescindir o contrato por inadimplência do comprador, estaria obrigado a promover a execução da dívida acumulada, que, dada a falta de liquidez do devedor, provavelmente acarretaria na penhora do imóvel em discussão.

É importante reiterar que as ponderações feitas foram desenvolvidas em compasso com o contexto fático, que bem delineia verdadeiro inadimplemento

contratual e, não somente, mero atraso nas prestações, uma vez que o pagamento feito, até então (R$ 17.461,50), comparado com o valor total do negócio (R$ 100.000.00) não representa quantia significativa apta a ensejar a irrescindibilidade contratual.

Ademais, as parcelas de pagamento do imóvel possuem, por força contratual, data certa para vencimento e já se encontram todas vencidas, sendo indubitável a mora do devedor, tanto por sua própria confissão, quanto por aplicação da máxima "Dies interpellat pro homine".

Ressalta-se ainda a não configuração de má-fé do promitente vendedor em postular a rescisão contratual, pois bem tentou a solução extrajudicial do infortúnio, almejando a concretização do contrato firmado, contudo, não logrando êxito, não é razoável exigir a sua eterna vinculação à inadimplência do promitente comprador.

Diante do exposto, o Douto Juízo de primeiro grau agiu com acerto ao decidir pela rescisão contratual e consequente deferimento da reintegração de posse postulada. Deve-se atentar também para o fato de os autores terem expressamente requerido a concessão de antecipação dos efeitos da tutela, tanto em sede de peça prístina, quanto na emenda feita à inicial, o que desqualifica a alegação dos recorrentes acerca de suposta atuação *ultra petita* do julgador singular, ao conceder a mencionada medida.

Quanto aos questionamentos pertinentes aos honorários sucumbenciais, deve-se ressaltar que houve condenação, embora ilíquida, no dispositivo da sentença, no referente ao montante a ser pago a título de perdas e danos, podendo tal ser causa de retenção de parte dos valores já pagos pelos requeridos. Sendo assim, o arbitramento dos honorários ao qual alude o art. 20, § 4º do CPC não é aplicável, imperando-se a subsunção do art. 20, § 3º da Lei Adjetiva Civil, ao que estabeleço o percentual de 15% (quinze por cento), a serem calculados sobre a condenação, em sede de liquidação, ficando tal valor limitado ao montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em honra ao Princípio da Vedação à *Reformatio in pejus*.

Por todo o exposto e por mais que nos autos constam, hei, por bem, CONHECER, para DAR PARCIAL PROVIMENTO à presente Apelação, alterando, tão somente, o padrão de cálculo dos honorários advocatícios, ao que estabeleço sua valoração com base em 15 % (quinze por cento) do valor da condenação, por ordem do art. 20, § 3º do CPC, limitados ao montante de R$ 2.000,00 (dois mil reais), em acatamento ao Princípio da Vedação à Reformatio in pejus, mantendo intacto o restante dos termos do decisum vergastado.

É como voto.

Fortaleza, 14 de setembro de 2011.

PROCESSO Nº 0000490-70.2009.8.06.0064
APELAÇÃO CÍVEL – COBRANÇA EXPURGOS INFLACIONÁRIOS
APELANTE: BANCO BRADESCO S/A
APELADO: FRANCISCO TELES DE MENEZES
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Cível interposta por BANCO BRADESCO S/A com o fito de reformar a sentença prolatada pelo d. Juízo da 3ª Vara da Comarca de Caucaia, mediante a qual julgou parcialmente procedente a Ação de Cobrança movida por FRANCISCO TELES DE MENEZES.

Na inicial da referida Ação (fls. 02/14), o promovente afirmou que em 1989 mantinha junto ao Banco do Estado do Ceará (hoje Bradesco) uma caderneta de poupança, conforme extrato em anexo, a qual não teve a correção monetária e os juros contratados devidos por lei creditados de forma correta. Relatou que na data em que completou o período aquisitivo do rendimento (aniversário da poupança) o BEC creditou correção monetária de 22,50% e juros contratuais de 0,50%, deixando de remunerar o autor nos meses de janeiro e fevereiro de 1989 conforme o IPC do mês anterior, que foi de 42,72% mais 0,50% de juros. Defendeu que o ordenamento aplicável à espécie deve ser o Decreto-lei nº 2.284/86, que dispõe que os saldos das cadernetas de poupança deviam ser reajustados a partir de 1º.02.1986 pelo IPC, e não a Lei nº 7.730/89. Sustentou ainda a existência de mora, a incidência do CDC e a inversão do ônus da prova. Requereu a procedência da ação, com a condenação do promovido a pagar a diferença de atualização monetária entre os valores efetivamente aplicados e aqueles que deveriam ter sido aplicados no período correspondente a janeiro/fevereiro de 1989, acrescido de juros e correção monetária.

Instruiu a exordial com os documentos de fls. 15/18.

Contestação às fls. 23/54, na qual o promovido suscitou preliminares de ilegitimidade passiva e de ausência de documento indispensável à propositura da ação. No mérito, sustentou que a pretensão autoral foi alcançada pela prescrição, quer quinquenal (art. 178, § 10, III, CC/1916) quer trienal (art. 206, § 3º, III, CC/2002. Argumentou que o banco apenas cumpriu a determinação legal que substituiu o IPC pelo LTF (Letra Financeira do Tesouro Nacional) como nova forma de reajuste da poupança no período referido e que a Lei nº 7.730/89 deve ter aplicação imediata. Salientou ainda que não há direito adquirido porque quando do início da MP 32, convertida na Lei 7.730/89, o período aquisitivo ainda estava em curso e, portanto, não estava formado o direito.

Réplica às fls. 73.

Restando inexitosa a conciliação, foi anunciado o julgamento da lide

(fls. 79), tendo o douto Juiz a quo prolatado a sentença de fls. 80/95, rejeitando as preliminares suscitadas, bem assim a prejudicial de prescrição, julgando parcialmente procedente a demanda autoral, condenando o réu ao pagamento das diferenças de atualização monetária somente em relação ao mês de janeiro de 1989, acrescida de correção monetária e juros.

Irresignado com o *decisum* de primeira instância, o promovido manejou o presente Recurso de Apelação fls. 99/116, sustentando, em síntese, a mesma tese defendida na peça contestatória, qual seja, a) a prescrição, b) a inexistência de ato ilícito na conduta do apelante, o qual somente teria dado imediato cumprimento às determinações legais, c) a ausência de direito adquirido do apelado. Requer a reforma da sentença de primeiro grau para julgar improcedente a ação.

Recebido o apelo em seu duplo efeito, o apelado apresentou contrarrazões às fls. 120/125, pedindo a manutenção da decisão a quo.

Ascenderam os autos a esta e. Corte, ocasião em que foram regularmente distribuídos ao e. Des. Emanuel Leite Albuquerque (23.08.2011), em seguida, redistribuídos a mim aos 31.10.2011.

Instada a manifestar-se, a douta Procuradoria Geral de Justiça emitiu o parecer de fls. 142/145, deixando de opinar no mérito por entender ausente o interesse público.

Vieram-me, por fim, conclusos.

É o relato.

À Douta Revisão.

VOTO

Conheço do recurso interposto, uma vez presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

DA PRESCRIÇÃO

Defende o apelante a incidência ao caso do art. 178, § 10, III, do CC/1916 para a prescrição quinquenal, ou o art. 206, § 3º, III, CC/2002 para a prescrição trienal, e ainda a aplicação do art. 2.028 do CC/02, razão pela qual entende que o direito à pretensão autoral foi fulminado pela prejudicial de mérito.

Neste respeito, é pacífico o entendimento, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, que o lapso prescricional aplicável à espécie é o vintenário, com espeque no art. 177, do Código Beviláqua.

O Superior Tribunal de Justiça manteve a prescrição vintenária para a matéria, sustentando que, em relação às diferenças dos índices aplicados nas cadernetas de poupança, os juros remuneratórios e a correção monetária agregam-se ao capital, perdendo, assim, o caráter de acessórios.

Transcrevo a seguir decisões do STJ sobre a matéria:

AGRAVO REGIMENTAL. CADERNETA DE POUPANÇA. PLANOS ECONÔMICOS GOVERNAMENTAIS. PRAZO PRESCRICIONAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. SÚMULAS STJ/83. PEDIDO DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO DO FEITO PARA AGUARDAR DECISÃO FINAL EM RECUSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. INDEFERIMENTO.
I - É vintenária a prescrição nas ações em que são impugnados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças no regime do Código Civil de 1916.
II - A instituição financeira é parte legítima *ad causam* para responder pela diferença do índice de correção monetária dos depósitos em caderneta de poupança decorrente da instituição do Plano Collor, na medida em que o Acórdão recorrido consignou que a ação versa cruzados não bloqueados.
III - O banco depositário tem legitimidade passiva para responder pelas ações que visam à atualização das cadernetas de poupança pelos índices inflacionários expurgados pelos Planos Bresser e Verão.
IV - A suspensão prevista na "lei de recursos repetitivos", somente se aplica aos Recursos Especiais que estejam em processamento nos Tribunais de Justiça ou nos Tribunais Regionais Federais.
V - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1149350/SP, Rel. Min. SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 17/09/2010) (grifei)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 282/STF. CONTRATOS. POUPANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS NOS PLANOS VERÃO E BRESSER. PRESCRIÇÃO. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. ENUNCIADO 83/STJ. RECURSO INADMISSÍVEL, A ENSEJAR A APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC.
1. A falta de prequestionamento torna o recurso deficiente pela carência de pressuposto específico de admissibilidade. Aplicando-se a Súmula 282 / STF ao caso em tela.
2. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de adotar o prazo prescricional de vinte anos, pois os juros e a correção monetária, creditados a menor, representam o próprio capital depositado e não simplesmente acessórios nos rendimentos em contas de poupança no período de junho de 1987 (Plano Bresser) e janeiro de 1989 (Plano Verão).
3. O entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência firmada nesta Corte Superior de Justiça.
4. A interposição de agravo manifestamente inadmissível enseja aplicação da multa prevista no artigo 557 § 2º do Código de Processo Civil.
5. Agravo regimental a que se nega provimento.
(AgRg no Ag 1303420/PR, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 27/08/2010) (grifei)

A ação de cobrança foi proposta em 27/01/2009. As diferenças postuladas

a título de Plano Verão remontam aos meses de janeiro e fevereiro de 1989.

Desta forma, conforme regra disposta no art. 2.028 do Novo Código Civil, que disciplina o direito intertemporal, e a dicção do art. 177 do Código Beviláqua, temos que o ajuizamento da ação se deu dentro do interregno que medeia a pretensão ao direito em exame.

Isto posto, rejeito a preliminar de prescrição.

DO MÉRITO

Esclarecendo os fatos, saliento que até meados do mês de janeiro de 1989 as cadernetas de poupança eram corrigidas com base na variação das Obrigações do Tesouro Nacional - OTN, conforme determinava a Resolução 1.396/87.

A Medida Provisória nº 32, de 15 de janeiro de 1989, posteriormente convertida na Lei nº 7.730/89, extinguiu a OTN e determinou que a atualização dos saldos das cadernetas de poupança fosse realizada da seguinte forma: i) fevereiro/89: pelo rendimento das Letras Financeiras do Tesouro Nacional - LFT, apurado em janeiro/89; ii) março e abril/89: pelo rendimento das Letras Financeiras do Tesouro Nacional (LFT) ou pelo IPC, verificados no mês anterior, prevalecendo o maior; iii) a partir de maio/89: pelo IPC definido no mês anterior (art. 17).

Portanto, as cadernetas de poupança abertas ou automaticamente renovadas após 15 de janeiro de 1989 seriam atualizadas monetariamente de acordo com as disposições da MP nº 32/1989, observando o rendimento acumulado das LFTs ou do IPC, conforme fosse o caso.

Porém, para as cadernetas de poupança iniciadas ou renovadas na primeira quinzena de janeiro/89, em razão do seu período aquisitivo ter se iniciado antes da edição da Medida Provisória nº 32/89, referida MP não poderia incidir sobre a correção monetária. A atualização deveria ocorrer com base na regra até então vigente, observando a variação da OTN. Porém, como referido índice havia sido extinto pela multicitada MP e essas cadernetas de poupança ficaram sem índice oficial de correção, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que tal lacuna fosse suprida com a aplicação do IPC no mês de janeiro/89.

Neste sentido, cito as seguintes decisões do ST

> RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANOS ECONÔMICOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. RECURSOS REPRESENTATIVOS DE MACRO-LIDE MULTITUDINÁRIA EM AÇÕES INDIVIDUAIS MOVIDAS POR POUPADORES. JULGAMENTO NOS TERMOS DO ART. 543-C, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO LIMITADO A MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL, INDEPENDENTEMENTE DE JULGAMENTO DE TEMA CONSTITUCIONAL PELO C. STF. PRELIMINAR DE SUSPENSÃO DO JULGAMENTO AFASTADA. CONSOLIDAÇÃO DE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FIRMADA EM INÚMEROS PRECEDENTES DESTA CORTE. PLANOS ECONÔMICOS BRESSER, VERÃO, COLLOR I E COLLOR II.

LEGITIMIDADE *PASSIVA AD CAUSAM*. PRESCRIÇÃO. ÍNDICES DE CORREÇÃO.

I - Preliminar de suspensão do julgamento, para aguardo de julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, afastada, visto tratar-se, no caso, de julgamento de matéria infraconstitucional, preservada a competência do C. STF para tema constitucional.

II - No julgamento de Recurso Repetitivo do tipo consolidador de jurisprudência constante de numerosos precedentes estáveis e não de tipo formador de nova jurisprudência, a orientação jurisprudencial já estabilizada assume especial peso na orientação que se firma.

III - Seis conclusões, destacadas como julgamentos em Recurso Repetitivo, devem ser proclamadas para definição de controvérsia: 1º) A instituição financeira depositária é parte legítima para figurar no pólo passivo da lide em que se pretende o recebimento das diferenças de correção monetária de valores depositados em cadernetas de poupança, decorrentes de expurgos inflacionários dos Planos Bresser, Verão, Collor I e Collor II; com relação ao Plano Collor I, contudo, aludida instituição financeira depositária somente será parte legítima nas ações em que se buscou a correção monetária dos valores depositados em caderneta de poupança não bloqueados ou anteriores ao bloqueio.

2ª) É vintenária a prescrição nas ações individuais em que são questionados os critérios de remuneração da caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, sendo inaplicável às ações individuais o prazo decadencial quinquenal atinente à Ação Civil Pública.

3ª) Quanto ao Plano Bresser (junho/1987), é de 26,06%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária para as cadernetas de poupança iniciadas ou com aniversário na primeira quinzena de junho de 1987, não se aplicando a Resolução BACEN n.º 1.338/87, de 15/06/87, que determinou a atualização dos saldos, no mês de julho de 1987, pelo índice de variação do valor nominal das Obrigações do Tesouro Nacional (OTN).

4ª) Quanto ao Plano Verão (janeiro/1989), é de 42,72%, percentual estabelecido com base no Índice de Preços ao Consumidor (IPC), índice de correção monetária das cadernetas de poupança com período mensal iniciado até 15 de janeiro de 1989, não se aplicando a Medida Provisória n. 32/89 (Plano Verão), que determinava a atualização pela variação das Letras Financeiras do Tesouro (LFT).

5ª) Quanto ao Plano Collor I (março/1990), é de 84,32% fixado com base no índice de Preços ao Consumidor (IPC), conforme disposto nos arts. 10 e 17, III, da Lei 7.730/89, o índice a ser aplicado no mês de março de 1990 aos ativos financeiros retidos até o momento do respectivo aniversário da conta; ressalva-se, contudo, que devem ser atualizados pelo BTN Fiscal os valores excedentes ao limite estabelecido em NCz$ 50.000,00, que constituíram conta individualizada junto ao BACEN, assim como os valores que não foram transferidos para o BACEN, para as cadernetas de poupança que tiveram os períodos aquisitivos iniciados após a vigência da Medida Provisória 168/90 e nos meses subsequentes ao seu advento (abril, maio e junho de 1990).

6ª) Quanto ao Plano Collor II, é de 21,87% o índice de correção monetária a ser aplicado no mês de março de 1991, nas hipóteses em que já iniciado o

período mensal aquisitivo da caderneta de poupança quando do advento do Plano, pois o poupador adquiriu o direito de ter o valor aplicado remunerado de acordo com o disposto na Lei n. 8.088/90, não podendo ser aplicado o novo critério de remuneração previsto na Medida Provisória n. 294, de 31.1.1991, convertida na Lei n. 8.177/91.
IV - Inviável o julgamento, no presente processo, como Recurso Repetitivo, da matéria relativa a juros remuneratórios compostos em cadernetas de poupança, decorrentes de correção de expurgos inflacionários determinados por Planos Econômicos, porque matéria não recorrida.
V - Recurso Especial da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL provido em parte, para ressalva quanto ao Plano Collor I.
VI - Recurso Especial do BANCO ABN AMRO REAL S/A improvido.
(REsp 1107201/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 06/05/2011) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CADERNETA DE POUPANÇA. SUSPENSÃO EM FACE DE RECURSO REPETITIVO DE CONTROVÉRSIA. NÃO AFETAÇÃO DOS RECURSOS JÁ ENCAMINHADOS AO STJ. CADERNETAS DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC. LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO.
1. A suspensão prevista no artigo 543-C do CPC é dirigida ao Tribunal de origem e não afeta necessariamente os recursos especiais já encaminhados ao STJ.
2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica em reconhecer que a recomposição do saldo da reserva de poupança deve ocorrer com base nos expurgos inflacionários, mediante a aplicação dos índices do IPC.
3. Nas ações em que se discutem os critérios de remuneração de caderneta de poupança e são postuladas as respectivas diferenças, o prazo prescricional é de vinte anos, pois é o valor principal do próprio crédito que está em discussão, e não verbas acessórias.
4. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag 1285201/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 21/09/2010) (grifei)

De sorte que é indevida a atitude da instituição financeira apelante de aplicar indistintamente às cadernetas de poupança a atualização monetária determinada pela MP nº 32/1989, sob o pálio de que estava simplesmente cumprindo a Lei º 7.730/89.

Esclareço que, inobstante os argumentos do apelante, impende reconhecer a existência de direito adquirido do poupador aos índices previamente estipulados quando do início do período aquisitivo. Depreende-se, pois, que, havendo alteração do critério de correção da caderneta de poupança, tal não poderá ser aplicada retroativamente, regra esta fundada nas disposições do art. 5º, XXXVI da CF.

As contas que aniversariavam na primeira quinzena do mês de janeiro/89 não poderiam ter sido atingidas, uma vez que Medida Provisória nº 32 entrou em vigor em 15 de janeiro de 1989, de modo que poderiam afetar somente negócios jurídicos firmados a partir de então. De sorte que é desarrazoado pretender, baseado nesse

argumento, que se aplicassem de forma retroativa os novos índices, uma vez que para aquelas cadernetas de poupança que aniversariavam entre os dias 1º e 15 de janeiro de 1989 já se tinha iniciado o período aquisitivo com base nos índices anteriores.

Diante do exposto, não subsistem dúvidas quanto ao direito adquirido dos poupadores cujas cadernetas de poupança aniversariavam na primeira quinzena de ter a aplicação do índice de atualização contratualmente avençado, uma vez que para os mesmos a modificação desse índice ocorreu após iniciado o período aquisitivo.

A variação do IPC, na época, foi de 42,72%, enquanto que o índice apurado pela LFT foi de 22,97%, sendo devido ao apelado a diferença entre tais fatores de atualização monetária, equivalente a 19,75%.

Assim também este e. Tribunal de Justiça tem se posicionado:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. PLANO BRESSER E PLANO VERÃO. INEXISTÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. DIREITO AO PAGAMENTO DAS DIFERENÇAS POSTULADAS. I - A prescrição, tratando-se das ações versantes sobre os Planos Bresser e Verão, é de 20 anos, conforme disposto no art. 177, do Código Civil. Prescrição afastada. II - Considerando que as instituições financeiras eram as depositárias das cadernetas de poupança prejudicadas pelos planos econômicos, são elas partes legitimas para responderem as respectivas ações de cobrança. III - O índice de correção aplicável para estes casos é o IPC, que revelou inflação de 26,06% em junho de 1987 e 42,72% em janeiro de 1989. IV - APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. (Apelação 3898467200780600011; Relator(a): FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 25/08/2010) (grifei)

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - PLANO VERÃO - PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA - DIREITO ADQUIRIDO - JUROS DE MORA A PARTIR DA CITAÇÃO - APELAÇÃO IMPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA. 1 - Conforme entendimento já consolidado no STJ, nas ações de cobrança relativas aos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão a prescrição é vintenária. 2 - As cadernetas de poupança que aniversariavam na primeira quinzena do mês de janeiro de 1989 não poderiam ter sido atingidas pelas determinações da Medida Provisória nº 32, pois, esta entrou em vigor em 15 de janeiro de 1989, de modo que poderia afetar somente negócios jurídicos firmados a partir de então, sendo esta a expressão correta da aplicação imediata da legislação econômica, de maneira que é desarrazoado pretender, baseado nesse argumento, que se aplicasse de forma retroativa os novos índices, uma vez que para aquelas cadernetas de poupança que aniversariavam entre os dias 1º e 15 de janeiro de 1989 já se tinha iniciado o período aquisitivo com base nos índices anteriores. 3 - O entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que nas ações que buscam a diferença de rendimentos em cadernetas de poupança os juros de mora são contados a partir da citação. 4 - Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida. (Apelação 3954761200780600011; Relator(a): SÉRGIA

> MARIA MENDONÇA MIRANDA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 20/08/2010) (grifei)
>
> Ementa: NEGÓCIO JURÍDICO BANCÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. PLANO VERÃO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. INAPLICABILIDADE DO CDC. 1. Preliminar de nulidade da sentença afastada. 2. Prescrição vintenária (art. 177, do CC/1916). Os juros remuneratórios integram o principal, deixando de ter natureza acessória, não se aplicando o prazo prescricional do artigo 178, § 10º, III do mesmo diploma legal. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que as regras insertas no Código de Defesa do Consumidor só têm aplicação aos contratos que lhe são posteriores, não sendo admitida a sua aplicação retroativa. 4. O índice aplicável para correção monetária das cadernetas de poupança abertas ou renovadas até o dia 15, nos mês de janeiro de 1989, é o IPC, com percentual de 42,72%. 5.Recurso conhecido e improvido. (Apelação 8977166200880600011; Relator(a): FRANCISCO BARBOSA FILHO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 5ª Câmara Cível; Data de registro: 16/06/2010) (grifei)

Quanto à correção monetária e juros de mora, tampouco merece reparo o *decisum*.

Defende o apelante a impossibilidade de atualização monetária a partir do evento em debate (janeiro/89), mas tão somente a partir do ajuizamento da ação, sustentando ainda o descabimento de juros de mora, seja face a instituição financeira não haver descumprido determinações legais, seja pela prescrição trienal ou, alternativamente, que sejam aplicados somente após o trânsito em julgado do acórdão.

Entendo, porém, que a Magistrada de Origem julgou corretamente a sentença, quando reconhece a aplicação dos juros contratuais e da correção monetária.

A correção monetária é devida desde o efetivo prejuízo, conforme entendimento do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. IMPROPRIEDADE LEGISLATIVA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. TERMO *A QUO* PARA A CORREÇÃO MONETÁRIA. EFETIVO PREJUÍZO. PRECEDENTES.1. A exegese relativa à letra pura da lei não coincide com o conceito de norma, a qual somente se revela depois da atividade intelectual do aplicador do direito. Esse o entendimento da Corte em relação à extensão do preceito de violação a "literal disposição de lei" para o cabimento da ação rescisória, tal como previsto no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.485VCódigo de Processo Civil. 2. É antiga a jurisprudência da Casa no sentido de incidir correção monetária, no particular dos expurgos inflacionários, desde o efetivo prejuízo, vale dizer, desde quando o banco depositário deixou de remunerar os depósitos adequadamente.3. Com efeito, mostra-se rescindível a sentença que, a despeito de condenar a instituição financeira a recompor os expurgos inflacionários relativos ao mês de janeiro de 1989,

> determinou que a correção monetária incidisse sobre o valor da condenação somente a partir do ajuizamento da ação. Precedentes.4. Recurso especial improvido. (409417 RS 2002/0012650-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 17/08/2010, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/08/2010) (grifei)

Quanto aos juros contratuais, este são devidos, pois remuneram o capital investido pela parte, devendo incidir sobre os expurgos inflacionários ora reconhecidos em favor da parte demandante, a partir da citação.

Novamente o precedente é do Excelso Superior Tribunal de Justiça, verbatim et litteram:

> AÇÃO DE COBRANÇA. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA JUROS REMUNERATÓRIOS.
> 1. O entendimento desta Corte é no sentido de que em relação ao percentual de correção monetária devido e não creditado na conta poupança devem incidir os juros contratuais devidos.
> 2. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg no Ag 1120886/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 01/10/2009, DJe 13/10/2009)
>
> ECONÔMICO. CADERNETA DE POUPANÇA. CORREÇÃO MONETÁRIA. CRITÉRIO. IPC DE JUNHO DE 1987 (26,06%). PLANO BRESSER. IPC DE JANEIRO DE 1989 (42,72%). PLANO VERÃO. PRESCRIÇÃO DOS JUROS VINTENÁRIA. JUROS DE MORA. TEMO INICIAL. CITAÇÃO.
> (...)
> A Terceira e a Quarta Turmas, atualmente, adotam a mesma orientação no sentido de que os juros de mora, nas ações em que são pleiteadas diferenças de rendimentos em cadernetas de poupança, são contados desde a citação. (AgR-EREsp n. 474.166/SP, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, unânime, DJU de 20.10.2003).
> (¿)
> (AgRg no REsp 1102979 / PR, STJ, Quarta Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Julgado em 24/03/2009, publicado no Dje 11/05/2009) (grifei)

Nesse diapasão, restando comprovado pela documentação anexada ao caderno processual que o recorrido possuía saldo em sua conta poupança à época dos expurgos inflacionários decorrentes do Plano Verão (vide extrato de fls. 16) e, ainda, que a referida conta aniversariava na primeira quinzena do mês de janeiro de 1989, não há equívoco na decisão hostilizada, razão pela qual deve permanecer incólume.

Pelo exposto, conheço do presente recurso de apelação, mas nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

É como voto.

Fortaleza, 17 de Março de 2012.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. CADERNETAS DE POUPANÇA. PLANO VERÃO. PRESCRIÇÃO VINTENÁRIA. PAGAMENTO DE DIFERENÇA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. DEVIDO. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. DEVIDOS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

I - É pacífico o entendimento, inclusive perante o Superior Tribunal de Justiça, de que o lapso prescricional aplicável à espécie é o vintenário, com espeque no art. 177, do Código Beviláqua, vez que, em relação às diferenças dos índices aplicados nas cadernetas de poupança, os juros remuneratórios e a correção monetária agregam-se ao capital, perdendo, assim, o caráter de acessórios.

II - Para as cadernetas de poupança iniciadas ou renovadas na primeira quinzena de janeiro/89, em razão do seu período aquisitivo ter se iniciado antes da edição da Medida Provisória nº 32/89, que se converteu na Lei nº 7730/89, referida MP não poderia incidir sobre aquelas para alterar o índice da correção monetária. A atualização deveria ocorrer com base na regra até então vigente, observando a variação da OTN. Porém, como referido índice havia sido extinto pela multicitada MP e essas cadernetas de poupança ficaram sem índice oficial de correção, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que se aplicasse o IPC no mês de janeiro/89.

III - A variação do IPC, na época, foi de 42,72%, enquanto que o índice apurado pela LFT foi de 22,97%, sendo devido ao apelado a diferença entre tais fatores de atualização monetária, equivalente a 19,75%.

IV - A correção monetária é devida desde o efetivo prejuízo. Os juros contratuais são devidos, pois remuneram o capital investido pela parte, devendo incidir sobre os expurgos inflacionários ora reconhecidos em favor da parte demandante, a partir da citação. Precedentes do STJ.

V - Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0000490-70.2009.8.06.0064, em que são partes as acima descritas.

ACORDA a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer o presente Apelo, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

Fortaleza, 10 de Março de 2012.

PROCESSO Nº 57957-70.2007.8.06.0001/1 (2007.0019.1838-7/1)
Natureza: Apelação Cível.
Apelante: Companhia Energética do Ceará – COELCE.
Apelado: Abel Correia Alves.
Ação de Origem: Indenização por Dano Moral.
Local de Origem: 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará.
Relator: Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: CIVIL. SUSPENSÃO INDEVIDA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INCLUSÃO EM CADASTRO NEGATIVO DE CRÉDITO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. VALOR ARBITRADO SOB OS CRITÉRIOS DE COMPENSAÇÃO À VÍTIMA E PENALIZAÇÃO AO CAUSADOR DO DANO. ADEQUAÇÃO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. Trata-se de suspensão indevida de fornecimento de energia elétrica por parte da Coelce, que alegou inadimplemento do consumidor, emitindo guia de refaturamento sem a devida contraprestação.

2. O consumidor comprovou o pagamento da energia consumida no período do refaturamento em conta mensal.

3. A inclusão indevida em cadastro negativo de crédito gera dano moral. Precedentes.

4. O valor estipulado a título de dano moral guarda consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, com as circunstâncias do caso concreto e com os precedentes do STJ e desta Corte de Justiça, devendo, pois, ser mantido. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de Apelação Cível nº 57957-70.2007.8.06.0001/1 (2007.0019.1838-7/1), em que figuram as partes acima indicadas,

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação de acordo com o voto do relator.

Fortaleza, 06 de Setembro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do Ceará

S/A - COELCE contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - Ceará, em procedimento ordinário de Ação de Indenização por Danos Morais que o apelado promoveu contra a apelante – fls. 115/126.

A sentença atacada decidiu pela procedência do pedido, condenando a promovida, aqui apelante, ao pagamento do valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) a título de reparação moral – fls. 106/114.

Quanto aos fatos, a empresa promovida na ação original, aqui apelante, alegando inadimplemento da conta mensal referente a janeiro/2007, suspendeu o fornecimento de energia ao apelado, encaminhando o nome dele para inclusão no cadastro negativo mantido pelo SERASA. Entretanto, a sentença entendeu não ter havido inadimplemento e condenou a empresa promovida, aqui apelante, no valor acima mencionado.

Nas razões do recurso, a apelante alega que o apelado requereu o corte de energia de sua unidade, sendo, então, avisado de que só poderia efetivar a suspensão do serviço mediante o pagamento da energia até aquele momento. Reitera que o próprio apelado forneceu a leitura registrada no medidor de sua unidade, pela qual foi emitida guia de refaturamento para quitação e corte do fornecimento da energia.

Aduz a recorrente que a conta refaturada é distinta da fatura referente ao mês, e que o apelado encontrava-se inadimplente para com aquela, o que provocou o corte do fornecimento da energia.

Assevera a recorrente a legalidade da suspensão do serviço pelo que dispõe o artigo 6º da Lei nº 8.987/95 e pela Resolução nº 456/2000 da ANEEL, inviabilizando a cobrança por danos morais.

Destaca ainda, a apelante, a inexistência de comprovação do nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, porquanto as cartas provenientes do SERASA tratam-se de meros avisos de cobrança e de possibilidade de negativação, sem demonstrar inscrição no cadastro de inadimplentes, tornando inviável a causa de pedir na ação original.

Quanto aos danos morais, a apelante sustenta sua inexistência pelo fato ocorrido caracterizar mero dissabor cotidiano ou simples aborrecimento, sem vilipendiar a personalidade do apelado, não justificando a condenação no valor estipulado. Discorre, então, sobre o excesso da quantia fixada a título de dano moral e sobre a incidência dos juros devidos a partir da citação.

Requer, finalmente, o provimento do recurso para reformar a sentença no sentido de julgar improcedente o pedido inicial ou, alternativamente, se mantida a condenação, que seja seu valor fixado em patamares indicados nos julgados que colaciona, devendo os juros legais incidirem a partir da citação.

Contrarrazões do apelado, reafirmando sua inscrição nos cadastros negativos de crédito por conta de energia já paga, comprovada pelas comunicações provenientes do SERASA – fls. 132/138.

Reafirma a inexistência do pedido de corte, e colaciona diversas decisões

jurisprudenciais condenatórias sobre o mesmo fato, requerendo, ao final, o improvimento do recurso com a manutenção da sentença em sua plenitude.

Desnecessária a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça a teor do artigo 53 do RITJCE.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso de apelação por parte da Companhia Energética do Ceará S/A – COELCE, em face da decisão judicial de primeiro grau que condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos morais pela inclusão do nome do apelado em cadastro negativo de crédito, no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Inicialmente, entendo presentes os requisitos para interposição do recurso, ensejando seu conhecimento.

Pelos fatos depreende-se que a inclusão do nome do apelado em cadastro negativado decorreu da emissão de guia de pagamento relativo ao refaturamento da conta mensal de energia, referente ao mês de janeiro/2007, a qual não teria sido paga por ele, apelado.

O apelado apresenta, então, a conta mensal referente ao mês em questão, devidamente adimplida, o que não justificaria sua inclusão em cadastro negativo, como inserto em cartas de comunicação oriundas do SERASA.

Explica a apelante que a fatura mensal não se confunde com a guia de refaturamento, emitida apenas em situação que exija a quitação do consumo para efeito de corte do fornecimento de energia, e que o apelado, embora houvesse solicitado a suspensão do serviço, não pagou o valor constante na mencionada guia de refaturamento, o que caracteriza o inadimplemento.

Restringe-se, então, a demanda na verificação da necessidade da emissão da guia de refaturamento pelo corte solicitado e em sua validade, cuja falta de pagamento justificou a inclusão do consumidor no cadastro do SERASA.

Atento à documentação apresentada, observo que a conta referente ao mês de janeiro/2007 abrange o período de 15/12/2006 a 16/01/2007 especificando 32 dias de consumo (fl. 25). A conta referente ao mês seguinte informa o período de consumo desde 16/01/2007 até 13/02/2007, especificando 28 dias de utilização de energia elétrica (fl. 26).

As contas posteriores informam períodos contínuos e subsequentes aos que aqui foram destacados (fls. 27/31).

Em seu apelo, no item "Das razões de reforma da sentença" - fl. 117, a apelante informa a data de 23/01/2007 como da solicitação e efetivação do corte no fornecimento de energia na unidade consumidora do apelado.

A cópia de fl. 73 consta nota sobre o corte de fornecimento de energia

referente ao "...refaturamento do consumo compreendido entre 17/01/2007 à 23/01/2007".

O que se constata é que o período de consumo referente ao refaturamento está incluso no período registrado na fatura mensal de fevereiro/2007, conforme destacado acima, devidamente adimplida pelo apelado.

Assim, como bem demonstrou a sentença vergastada, a energia consumida no período referente ao refaturamento foi adimplida na fatura normal, não justificando a emissão de nova guia como realizado pela empresa apelante.

Assim, como ressaltado pela decisão em análise, a guia de refaturamento caracteriza cobrança de valores sem a devida contraprestação.

Ademais, não se observa nos autos a comprovação do corte de fornecimento de energia na data tida como de solicitação pelo consumidor, embora constem diversos "avisos de corte". Se houvesse o aludido corte, o normal seria a conta seguinte registrar o consumo a partir da data da suspensão, e não do período contínuo como expresso nas faturas apresentadas. Correta, então, a sentença neste ponto.

Quanto à inexistência de comprovação de inscrição do nome do apelado no cadastro do SERASA, as comunicações de fls. 34/36 compreendem três avisos sobre o mesmo fato, em datas diferentes. Alega a apelante serem meros avisos de cobrança e de "possibilidade de negativação", sem que o registro no cadastro tenha sido devidamente comprovado.

Se constasse apenas uma carta, ainda poderia advir alguma dúvida quanto ao registro aludido. Mas a apresentação de três cartas no período de dois meses, quando o prazo estipulado para regularização é de apenas dez dias, atesta a efetiva inclusão do apelado em registro negativado.

Diferentemente do que alega a apelante, entendo que o teor da carta em questão não embute "possibilidade de negativação", mas possível desnegativação, se cumprido o prazo ali estabelecido.

Também não procede a afirmativa da apelante quanto à inexistência de dano moral, alegando que a personalidade do apelado não foi vilipendiada, tratando a ocorrência como mero dissabor cotidiano ou simples aborrecimento.

Já restou decidido por esta Corte de Justiça, pautada em precedentes da Corte Superior, que a simples inclusão indevida em cadastro negativo de crédito gera dano moral.

Confira-se, adiante, decisão deste sodalício quanto à inclusão indevida nos cadastros negativos de crédito:

> "Ementa: AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS RESTRITIVOS DE CRÉDITO. DANO MORAL *IN RE IPSA*. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. ADEQUAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO NO PRIMEIRO GRAU. APLICAÇÃO DA MULTA DIÁRIA. PREVISÃO LEGAL. SENTENÇA MANTIDA.

> 1.A inscrição indevida nos cadastros de inadimplentes gera dano moral, sendo despicienda a sua comprovação. Precedentes do STJ.
> 2.A instituição financeira requerida não se desincumbiu do ônus que lhe competia de comprovar a culpa exclusiva de terceiro pela inscrição indevida ou a inexistência de defeito no serviço por ela alegadas.
> 3.De outro lado, a requerente demonstrou que o débito ensejador da inscrição estava quitado e que, inclusive, comprovara essa quitação perante a promovida antes da efetivação da inscrição. 4.O *quantum* indenizatório fixado no primeiro grau guarda consonância com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, as circunstâncias do caso concreto e os precedentes do STJ e deste órgão julgador, merecendo, pois, ser mantido.
> 5.Recurso conhecido, porém desprovido.". (Ap. 30212472009806000 11; Relator: Antônio Abelardo Benevides Moraes; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data de registro: 20/07/2011).

Veja-se, ainda, decisão deste Sodalício sobre os critérios para fixação dos valores a serem estipulados na ocorrência do dano em questão:

> "Ementa: PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. TERMO *A QUO* DE INCIDÊNCIA DA CORREÇÃO MONETÁRIA A PARTIR DO ARBITRAMENTO DEFINITIVO, SÚMULA Nº. 362, STJ. PRECEDENTES DESTA CÂMARA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Configurado o dano moral, há o dever de indenizar em valor fixado conforme os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, levando-se em consideração a capacidade econômica do agente, a posição social, econômica e política do ofendido, a repercussão do dano e do ressarcimento, e, por fim, a desvalorização da moeda ante o tempo em que se aguarda o arbitramento definitivo do equivalente pecuniário.
> 2. Nas demandas de pleito indenizatório decorrente de dano moral, a correção monetária passa a incidir do arbitramento definitivo do *quantum* indenizatório. Súmula nº. 362, do STJ: 'A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento'.
> 3. Precedentes desta Câmara.
> 4. Agravo conhecido, mas não provido.". (AI 677378200780600000; Relator: Washington Luís Bezerra de Araújo; Comarca: Fortaleza Órgão: 3ª Câmara Cível; Data de Registro: 27/07/2011).

Cediço que não existe uma tabela para fixar o dano moral, devendo seu valor ser aferido mediante as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, cujos parâmetros exigem o caráter punitivo, a advertir severamente o causador do dano, e o caráter compensatório para que a vítima, ainda que precariamente, se recomponha do mal sofrido.

Portanto, razoável o montante que acoberte o dano moral suportado comprovadamente por culpa da apelante. Recentemente a Corte Superior de Justiça enfrentou questionamento quanto ao valor do dano moral em caso similar, tendo emitido

decisão que reproduzo adiante:

> "Ementa: ADMINISTRATIVO. CORTE INDEVIDO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO. CONDENAÇÃO EM DANOS MORAIS. VALOR FIXADO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO. REEXAME DE PROVAS.
> 1. […]; 2. […]; 3. Tampouco merece êxito a inconformidade quanto ao valor fixado a título de indenização por danos morais. Com efeito, a referida discussão também demanda reexame de provas e esbarra na Súmula 7/STJ. 4. A quantia arbitrada R$ 6.000,00 (seis mil reais) não se afigura exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pelo ora recorrido, e não se afasta das circunstâncias do caso concreto, das condições econômicas das partes ou da finalidade da reparação, ou mesmo dos mais recentes parâmetros jurisprudenciais. Agravo regimental improvido.". (sic) (Destaquei) (STJ; AgRg no AREsp 465/RS; AgRg no AREsp 2011/0026082-6; Rel. Min. Humberto Martins; Órgão 2ª T; Julgamento 07/04/2011; Fonte DJe 14/04/2011).

Entendo, assim, que o valor arbitrado na sentença seja adequado para a reparação moral pleiteada, configurando-se, inclusive, insuficiente quanto ao caráter punitivo, considerando as condições financeiras da empresa apelante.

Portanto, conheço do recurso, por entender presentes os requisitos de admissibilidade, mas NEGO PROVIMENTO ao apelo, mantendo incólume a sentença, bem como o valor ali arbitrado, por se configurar adequado à situação danosa causada pela apelante.

É como voto.

Fortaleza, 6 de Setembro de 2011.

PROCESSO Nº 5847-05.2004.8.06.0000/0 (2004.0002.0673-7/0)
Natureza: Apelação Cível.
Apelantes: Telemar Norte Leste S. A. / Alípio Inácio de Freitas.
Apelados: Telemar Norte Leste S. A. / Alípio Inácio de Freitas.
Ação de origem: Indenização.
Local de origem: 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - Ceará.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: DIREITO CIVIL. PROCESSO CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO RETIDO. LAUDO PERICIAL. VALIDADE. ANÁLISE DO ACERVO PROBATÓRIO PELO PERITO. ART. 429 DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO. APELAÇÃO. PERDA AUDITIVA. ATO ILÍCITO. DANO MORAL. POSSIBILIDADE. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. POSSIBILIDADE. INCAPACIDADE PARCIAL. IMPORTÂNCIA DO TRABALHO. VALOR EM SALÁRIO MÍNIMO. PRECEDENTE. HONORÁRIOS. PERCENTUAL DENTRO DOS LIMITES PREVISTOS EM LEI. INCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO EM DANO MORAL. REQUISITOS. CONDENAÇÃO EM DANO MATERIAL. PRESTAÇÕES. SUCUMBÊNCIA SOBRE AS PARCELAS VENCIDAS ACRESCIDA DE UMA ANUALIDADE DAS PRESTAÇÕES VINCENDAS. PRECEDENTE. APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSO ADESIVO. COMUNICAÇÃO DE ACIDENTE TRABALHO. FACULDADE DO EMPREGADOR E DO EMPREGADO. AUSÊNCIA. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. PRESTAÇÃO EM SALÁRIO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE INCAPACIDADE ABSOLUTA. POSSIBILIDADE. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO . JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO INICIAL DO EVENTO DANOSO. PRECEDENTES. RECURSO ADESIVO PROVIDO PARCIALMENTE.

AGRAVO RETIDO: 1. Ao perito é facultado a livre análise de todo o acervo probatório disponível, não havendo, necessariamente, a obrigação de exames complementares para firmar suas conclusões. Aplicação do art. 429 do CPC. APELAÇÃO: 1. Não se cogita mais da gravidade do ato realizado pelo causador do dano para obtenção do resultado, bastando apenas que se configure. Precedente do STJ. 2. O valor do dano moral em cem salários mínimos mostra-se condizente com os valores adotados pelos Tribunais Superiores. Possibilidade de pensionamento a título de dano material pela incapacidade para a atividade exercida anteriormente ao acidente. Se a incapacidade é total para aquele mister, o pensionamento deve

ser vitalício. 3. Se a incapacidade não é absoluta, a perspectiva de nova ocupação deve ser mensurada pelo critério do salário mínimo. 4. A sucumbência sobre a condenação em dano moral deve se ater ao parágrafo 3º do art. 20 do CPC, atendidos os requisitos ali dispostos. A sucumbência sobre prestações de trato sucessivo deve incidir sobre as parcelas vencidas até a decisão, acrescidas de uma anualidade das prestações vincendas, nos termos do art. 260 do CPC. Precedentes do STJ. RECURSO ADESIVO: 1. A condenação em prestações, prevista pelo artigo 1.539 do Código Civil de 1916, reproduzido pelo art. 950 do novo Código Civil, só autoriza a estipulação do valor pelo rendimento do ofendido se for demonstrada incapacidade para qualquer trabalho. A perspectiva de nova ocupação enseja valoração da prestação com base no salário mínimo, critério para mensurar a nova atividade. 2. A omissão do ofendido em providenciar a Comunicação por Acidente de Trabalho ao órgão previdenciário não gera compensação monetária por parte da empresa causadora do acidente. 3. A indenização por dano moral ou material deve retroagir à data do evento danoso, que, no presente caso, configurou-se pela demissão do ofendido, a partir de quando restou demonstrado o prejuízo. Da mesma forma, os juros e correção monetária decorrentes da condenação devem incidir a partir do evento danoso, a teor da súmula nº 54 e de nº 43, ambas emitidas pelo STJ. RECURSO ADESIVO PROVIDO PARCIALMENTE. AGRAVO RETIDO E APELAÇÃO IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes recursos de Agravos Retidos e Apelação Cível nº 5847-05.2004.8.06.0000/0 (2004.0002.0673-7/0), em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao Agravo Retido e à Apelação, e PROVER PARCIALMENTE o Recurso Adesivo, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Telemar Norte Leste S/A contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 17ª Vara Cível desta capital, em procedimento ordinário de Ação Ordinária de Indenização que Alípio Inácio de Freitas promoveu contra a empresa apelante – fls. 256/268.

A sentença atacada decidiu pela procedência em parte do pedido, condenando a empresa promovida, aqui apelante, em danos morais no valor de cem (100) salários mínimos e ao pagamento de pensão vitalícia ao promovente no valor de um (01) salário mínimo, determinando, ainda, que a obrigação referente às parcelas vencidas fosse adimplida de uma só vez – fls. 245/253.

O promovente interpôs recurso adesivo, alegando tal possibilidade por haver procedência parcial da ação, na decisão – fls. 271/280.

Quanto aos fatos, o promovente da ação original requer a condenação

da empresa promovida para indenizá-lo por ter contraído "deficiência auditiva neurossensorial bilateral de grau severo a profundo na orelha direita e de grau leve nas frequências de 4000, 6000 e 8000Hz na orelha esquerda" decorrente de sua atividade como 'auxiliar técnico de telecomunicações', pela utilização constante do aparelho 'monofone' por anos a fio, o qual provoca choques elétricos e intensos ruídos, culminando com a demissão, a seu ver injusta, dele, promovente.

Nas razões do recurso, a empresa apelante, de início, ressalta a necessidade de apreciação de agravo retido anteriormente interposto contra decisão interlocutória que considerou válido laudo pericial impugnado pela agravante, aqui recorrente.

No mérito, assevera a inexistência de ato ilícito por parte da empresa, porquanto ocorreu o cumprimento de todas as obrigações trabalhistas referentes ao apelado, bem como um contínuo acompanhamento médico, atitude esta estabelecida como costumeira por parte da empresa apelante.

Aduz ainda a recorrente que a perda auditiva pode decorrer de outros fatores, inclusive genéticos, não significando incapacidade laborativa, como no presente caso em que a empresa readequou o trabalho do apelado, lotando-o em outro setor.

Insurge-se também a empresa apelante, sobre a quantificação da condenação, considerando exagerada a quantia referente ao dano moral e desproporcional o arbitramento da pensão vitalícia, porquanto o acidente não caracterizou invalidez permanente. Conclui que não restaram configurados os elementos necessários à indenizabilidade do dano, quais sejam, a conduta ilícita do infrator, a existência do prejuízo e o nexo de causalidade entre um e outro.

Discorre então a empresa apelante, sobre a ausência de comprovação do alegado, questionando os valores arbitrados a título indenizatório e a título de honorários, ponderando que o ônus da sucumbência não atendeu aos ditames do § 3º do artigo 20 do CPC, constituindo-se em verba desproporcional aos requisitos ali estabelecidos.

Requer, finalmente, o provimento do recurso para determinar a improcedência da demanda na íntegra, ou, alternativamente, a redução do montante arbitrado a título de dano moral por não ser condizente à realidade econômica do país, a desobrigação da pensão vitalícia por ausência de comprovação da incapacidade alegada, e a redução do percentual relativo aos honorários advocatícios, bem como sua incidência às prestações vencidas.

A parte apelada interpôs recurso adesivo alegando, em resumo, que a quantia arbitrada deveria ter como referência a "maior remuneração" consignada no 'Termo de Rescisão de Contrato de Trabalho', e não o inferior valor do salário mínimo.

Aduz também, o aderente, que a sentença deixou de condenar a empresa recorrida em pagamento mensal compensatório de benefícios previdenciários, cujo recebimento restou impossibilitado pela omissão da empresa em regularizar o vínculo empregatício para com o apelado junto aos órgãos pertinentes.

Além disso, insurge-se o aderente quanto à fixação do termo inicial da obrigação, a qual, em sua ótica, seria a partir do afastamento laboral e não do ajuizamento

da ação, como fixado na sentença, ressaltando ser aquele o termo inicial para incidência de juro e correção monetária.

Ao final, requer provimento parcial do recurso adesivo quanto ao valor da pensão vitalícia, quanto à compensação do benefício previdenciário e quanto ao termo inicial da obrigação e da incidência do juro e da correção devida.

Contrarrazões ao recurso adesivo, pelas quais a empresa apelada sustenta que não há fundamento para atender o pleito do aderente porquanto inexiste incapacidade laborativa, ou mesmo redução, o que inviabiliza o pensionamento vitalício, como determinado originalmente, ainda mais no valor pretendido pelo recorrente.

Aduz ainda a empresa recorrida que o termo inicial para fixação do dano é a data de prolação da sentença e não por ocasião do evento danoso, o mesmo acontecendo com os juros e atualizações decorrentes da condenação.

Assevera também a empresa recorrida sobre a impossibilidade de recebimento de renda mensal compensatória de benefício previdenciário, por se tratar de pequena lesão auditiva, doença incapaz de ensejar comunicação ao órgão da previdência, porquanto o aderente gozava plena condição de laborar.

Requer, finalmente, o improvimento do recurso adesivo.

Cumpridas as formalidades, vieram os autos a esta Corte.

Petições dos litigantes – apelante e apelado, pugnando pela competência da justiça estadual para julgamento do feito, ante o que dispôs a Emenda Constitucional nº 45 em relação às ações de acidentes de trabalho já com sentença de mérito até a data de sua vigência – fls. 303/306 e 308/310.

Desnecessária a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça a teor do artigo 53 do RITJCE.

É, em síntese, o relatório.

VOTO – AGRAVO RETIDO

Tratam-se, no caso, de recursos de apelação e Agravo Retido por parte de Telemar Norte Leste S. A., e de recurso adesivo por parte de Alípio Inácio de Freitas, irresignados com a decisão judicial de primeiro grau que condenou a empresa apelante ao pagamento de indenização por danos morais no valor de cem (100) salários mínimos, e em danos materiais no valor de um salário mínimo em caráter vitalício. Requerem julgamento preliminar de agravo retido.

Inicialmente, me reporto ao recurso de agravo retido, por imposição do artigo 523 do CPC, e o requerimento expresso da empresa apelante – fls. 188/196.

A agravante insurgiu-se contra despacho que considerou válido laudo pericial impugnado por ela, agravante – fls. 168/170 e fl. 180.

Alegou a agravante, em resumo, o seguinte: 1. Que os peritos não determinaram a realização de qualquer exame no periciado, especificamente audiometria, para verificação do estado atual de sua audição; 2. Que os peritos não demonstraram os

métodos e técnicas empregadas para conclusão do laudo; 3. Que os peritos se limitaram a verificar os fatos como existentes ao tempo da realização da perícia, sem investigar se a redução da capacidade auditiva do periciado teria outra causa, talvez de natureza orgânica.

Além disso, assevera a agravante que o questionário relativo aos quesitos apresentados, não foi devidamente complementado, gerando dúvida quanto à credibilidade do laudo.

Para tanto, exemplificam a falta de informação sobre a extensão do dano, sobre a impossibilidade laboral em outra atividade e sobre a perda auditiva originária de atividade externa ao trabalho. Requer, finalmente, o exercício da retratação para nulificação do laudo.

A sentença recorrida apreciou o agravo na forma retida e, em juízo de retratação, manteve o despacho por seus fundamentos.

Em princípio, destaco a decisão de acolhimento do laudo, a qual expressa que "...o julgador não está adstrito ao laudo.". Além disso, ao validar o laudo como prova, o magistrado o considerou em conjunto com as demais, para serem analisadas no julgamento.

Tais considerações não refletem subjetividade do magistrado, mas, antes, atendem determinação legal a teor do que dispõe o artigo 436 do CPC, decorrente do princípio do livre convencimento do Juiz.

Entendo não caber razão à agravante quanto a validade do laudo, porquanto as discrepâncias apontadas, quais sejam, jornada diária de seis horas, ao invés de oito, e alteração na frequência de exposição de 90 decibéis para 87 decibéis, não me parecem capazes de alterar substancialmente sua conclusão.

Quanto à determinação de exame, quanto aos métodos empregados e ainda quanto à investigação da capacidade auditiva do periciado, deve-se considerar o que dispõe o artigo 429 do CPC, o qual esclarece que "para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças.".

Ou seja, ao perito é facultada a livre análise de todo o acervo probatório disponível, não havendo, necessariamente, a obrigação de exames complementares para firmar suas conclusões.

O perito nomeado foi qualificado como clínico geral e médico do trabalho (fl. 136), o que lhe confere capacidade suficiente para analisar os documentos constantes dos autos, mormente os exames audiométricos já apresentados, e apresentar diagnóstico de capacidade auditiva como exposto no laudo.

Por outro lado, a discussão pretendida pela empresa agravante poderia ser estabelecida na origem da perícia, se a ela tivesse comparecido o assistente técnico indicado à fl. 133/134 dos autos, o que não ocorreu.

Ainda quanto aos argumentos dispendidos no recurso retido, observo que a empresa agravante informa que o agravado trabalhou no período de 1976 a 1980 como auxiliar de rede; no período de 1980 a 1995 no centro de operações em atendimento telefônico, consulta a terminal de vídeo e prestação de informação; e no período de 1995 até a rescisão laboral houve remanejamento do agravado para preservar sua saúde auditiva, sem utilização de monofone.

Ou seja, para a empresa agravante não houve contato do agravado com o aparelho causador do dano durante todo o vínculo empregatício, o que contraria as informações contidas nos autos, os depoimentos testemunhais e os exames audiométricos apresentados, os quais foram realizados sob chancela da própria empresa agravante.

Portanto, ante as considerações acima expostas NEGO PROVIMENTO ao agravo retido para manter a decisão interlocutória, por se encontrar consubstanciada em fundamentos legais, quanto à validação do laudo pericial.

VOTO – APELAÇÃO

Passo à análise do recurso de apelação.

Inicialmente, destaco a inexistência de pedido preliminar.

Alega a recorrente, em resumo, que não restou comprovada conduta ilícita da empresa nem existência de prejuízo ao recorrido, o que desconfigura o nexo de causalidade exigido para caracterizar o dano.

Para tanto, insiste a apelante que não foi comprovado se a redução auditiva proveio da função exercida pelo apelado, a qual, segundo ela, apelante, poderia inclusive ter origem genética.

Assevera a inexistência de conduta ilícita por parte da empresa e a incapacidade laborativa do recorrido, visto que este prestou serviço até o ato demissional, em abril de 2000.

Neste tocante, entretanto, a empresa apelante, embora persista na afirmação de que remanejou o funcionário a fim de preservar sua saúde auditiva, em nenhum momento comprovou dita transferência. Apenas pela cópia de fl. 20 depreende-se que a situação do empregado já era do conhecimento do empregador, onde consta que a "patologia auditiva" do empregado, aqui recorrido, ensejava transferência de função. Porém os encaminhamentos subsequentes não demonstram se de fato ocorreu o remanejamento solicitado. Observe-se que a C.I., que tratou do assunto, data de 14.09.1990.

Mesmo que tenha ocorrido a transferência anunciada, embora sem comprovação, conclui-se que esta efetivou-se tardiamente, porquanto o alardeado acompanhamento clínico dos empregados por parte da empresa já havia anteriormente detectado o problema, conforme a mencionada comunicação interna de 14.09.1990, sem, entretanto, comprovar qualquer iniciativa para solução imediata da questão.

Por outro lado, as afirmações da empresa apelante quanto à falta de

comprovação do alegado pelo recorrido não possuem consistência, porquanto os depoimentos testemunhais são unânimes em confirmar a evolução patológica do empregado, assim como a análise dos exames audiométricos apresentados – vide fls. 22/29.

Além dos depoimentos tomados junto às testemunhas do recorrido, destaco as declarações da testemunha da empresa recorrente – vide fl. 232, a qual, na qualidade de médico do trabalho ali atuante ressalta "que aos funcionários que trabalham como auxiliar técnico de telecomunicações existe (sic) algumas queixas quanto ao problema auditivo", embora em número pequeno se relacionadas à totalidade dos empregados.

Ou seja, o problema existe no âmbito de atividade da empresa apelante, e é reconhecido por seu próprio agente, sem, entretanto, qualquer indicação de que esteja sendo solucionado, não sendo razoável, agora, a argumentação de que a redução auditiva do empregado poderia advir de problema "genético".

Quanto aos exames mencionados, verifica-se o acompanhamento clínico do empregado desde 38 anos até 48 anos de idade. No campo "observações" das fichas audiométricas constam conclusões que demonstram a evolução da redução auditiva, culminando com o exame demissional no qual consta deficiência neurossensorial bilateral de grau severo e profundo à direita, e de grau leve à esquerda nas frequências ali indicadas.

A par de tais considerações sobre os documentos insertos nos autos, a sentença atacada houve por bem analisar as provas testemunhais em cotejo com a opinião abalizada do perito para decidir sobre o ato ilícito praticado pela empresa e a redução auditiva do recorrido, configurando o nexo de causalidade exigido para obtenção do resultado danoso.

Com efeito, não se cogita mais da gravidade do ato realizado pelo causador do dano para obtenção do resultado, bastando apenas que se configure, como se infere do julgado adiante reproduzido:

> "Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. DIREITO COMUM. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. SUFICIÊNCIA DA CULPA LEVE. LEI 6.367/76. DANOS MATERIAL. DESCABIMENTO.
> I - Consoante firme orientação jurisprudencial da Corte, com o advento da Lei nº 6.367/76, não mais prevalecem as disposições da Súmula 229/STF, que exigia culpa grave do empregador para ensejar direito reparatório decorrente de acidente do trabalho, sendo suficiente a sua concorrência com culpa, em qualquer grau, ainda que leve, para a responsabilização, a qual foi reconhecida pelo aresto hostilizado, tendo em vista a falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual pelo empregador - conforme reconhecido pelo laudo pericial -, não obstante o excessivo nível de ruído no ambiente de trabalho. II - A despeito da perda auditiva sofrida, o recorrente continuou em atividade na empresa, dando cumprimento ao seu contrato de trabalho, até atingir o prazo legal exigido para a aposentadoria, razão

> pela qual não faz ele jus a qualquer indenização a título de dano material, restando-lhe apenas o direito ao arbitramento pelos danos morais sofridos. Recurso especial parcialmente provido.". (REsp 541274/RJ RECURSO ESPECIAL 2003/0093324-6; Rel. Min. Castro Filho; Órgão Julgador 3ª Turma; Julg. 26/09/2006; Fonte DJ 23/10/2006 p. 296).

Portanto, a não comprovação do alegado pela empresa apelante, quanto ao remanejamento do empregado, constitui prática lesiva ao desenvolvimento laboral do recorrido, culminando com o agravamento da saúde auditiva dele, empregado, como se infere das provas coligidas nos autos.

Quanto à potencialidade laboral do empregado, é certo que, se não houve incapacidade laborativa absoluta, como insistentemente argumenta a empresa recorrente, é evidente que o dano causado pela perda auditiva caracterizou, no mínimo, severa redução em sua capacidade operacional, pois torna-se claro que nova inclusão no mercado de trabalho exigirá atividade especial para seu exercício, além de procedimentos reabilitatórios adequados à sua nova condição.

Neste sentido, reproduzo abaixo orientação da Corte Superior quanto à redução da capacidade laborativa do ofendido.

> "Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR AGENTE DO ESTADO. MENOR. PARAPLEGIA E AMPUTAÇÃO DO MEMBRO INFERIOR DIREITO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. TERMO INICIAL. DATA DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO *AD QUEM*. PENSÃO VITALÍCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO DADA A GRAVIDADE DAS LESÕES. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.
> 1. […]; 2. Diversamente do benefício previdenciário que o recorrente já recebe, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do agente do Estado que reduziu sua capacidade laboral em caráter definitivo, tornando-lhe mais difícil a busca por melhores condições de remuneração no mercado de trabalho, já que não mais poderá exercer a função anteriormente desempenhada bem assim a execução de qualquer outra atividade laboral demandará maior sacrifício em face das sequelas permanentes, o que há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão mensal a ser arcada pela recorrida. Precedentes: Resp 712.293/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 4/12/2006 e Resp 126.798/MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 4/2/2002. 3. […]; 4. […]; 5. […]; 6. […]; 7. […]; 8. […]; 9. […]; 10. Recurso especial parcialmente provido.". (REsp 1168831/SP Recurso Especial 2009/0234650-8; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Órgão Julgador

1ª Turma; Julg. 02/09/2010; Fonte DJe 13/09/2010).

Assim sendo, deve ser mantida a sentença no tocante à existência do dano e à obrigação de repará-lo.

Isto posto, passo a analisar a insurgência da empresa recorrente quanto aos valores arbitrados a título de dano moral e material.

Sobre o valor do dano moral, colaciono decisões do Superior Tribunal de Justiça prolatadas à época da sentença atacada, as quais consideram razoável o valor arbitrado em cem salários mínimos por coincidirem com o entendimento daquela Corte. Veja-se adiante.

> "Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. ACIDENTE DE TRABALHO. SEQÜELA LIMITADORA DA CAPACIDADE. PENSIONAMENTO. NATUREZA. MANUTENÇÃO DA REMUNERAÇÃO DO EMPREGADO NO PERÍODO DE AFASTAMENTO. ACORDO COLETIVO. *DIES A QUO* DA PRESTAÇÃO MENSAL. CC, ART. 1.539. EXEGESE. DANO MORAL. ELEVAÇÃO A PATAMAR RAZOÁVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. JUROS MORATÓRIOS. SÚMULA N. 54-STJ.
> I. Diversamente do benefício previdenciário, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do empregador, que reduziu a sua capacidade laboral em caráter definitivo, inclusive pelo natural obstáculo de ensejar a busca por melhores condições e remuneração na mesma empresa ou no mercado de trabalho. II. Destarte, ainda que paga ao empregado a mesma remuneração anterior por força de cumprimento a acordo coletivo de trabalho, o surgimento de sequelas permanentes há de ser compensado pela prestação de pensão desde a data do sinistro, independentemente de não ter havido perda financeira concretamente apurada durante o período de afastamento. III. Acidente de trabalho configura espécie de ilícito extracontratual, de sorte que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, nos termos da Súmula n. 54 do STJ. IV. Dano moral elevado a patamar condizente com a dor e sofrimento infligidos ao empregado acidentado. V. Integralmente exitosa a parte autora, prejudicada a discussão sobre a sucumbência recíproca, aumentados os honorários, em consequência, para percentual mais condizente com a vitória alcançada e o trabalho profissional desenvolvido. VI. Recurso especial conhecido e provido. Nota: Indenização por dano moral aumentada para 100 (cem) salários mínimos.". (Destaquei). (REsp 402833/SP Recurso Especial 2002/0001076-4; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; Órgão Julgador 4ª Turma; Julg. 06/02/2003; Fonte DJ 07/04/2003 p. 292).

> "Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. INSUFICIÊNCIA. SÚMULAS N. 282 E 356-STF. DANO MORAL E ESTÉTICO. DEFORMIDADE PERMANENTE. VALOR ARBITRADO. RAZOABILIDADE. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO. AGRAVO.

> IMPROVIMENTO. Nota: Indenização por dano moral mantida em R$ 24.000,00 (vinte e quatro mil reais).” (Destaquei). (AgRg no Ag 504221/PR Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2002/0163013-1; Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior; Órgão Julgador 4ª Turma; Julg. 04/11/2003; Fonte DJ 19/12/2003 p. 480.).

Observa-se, assim, que a quantia arbitrada pela sentença, a título de dano moral, guardou estreita correlação com as condenações adotadas pela Corte Superior à época da prolação da sentença, porquanto o salário mínimo vigente então correspondia a R$ 240,00 (duzentos e quarenta reais), estabelecido pela MP 116/2003, equivalendo a condenação do julgado a cem vezes aquele valor.

Deve, portanto, ser mantido o valor arbitrado por se mostrar razoável ante a conduta delituosa da empresa.

Assevera a recorrente ser tal valor “absolutamente incondizente com a realidade econômica do nosso País”. Entretanto, considerando o caráter compensatório do dano, sem locupletar o ofendido, mas de cunho educativo para inibir prática delituosa por parte do ofensor, entendo que o valor arbitrado é perfeitamente condizente com as condições econômicas da empresa apelante.

Com relação ao dano material, demonstra-se possível o pensionamento mensal a teor do que dispunha o artigo 1.539 do Código Civil anterior, que expressava:

> “Art. 1.539 – Se da ofensa resultar defeito pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até o fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu.”.

O artigo 950 do novo Código Civil reproduz o aresto, alterando apenas a expressão “...ou se lhe diminua o valor do trabalho...” para “... ou se lhe diminua a capacidade de trabalho...”, esclarecendo melhor a condição laborativa do ofendido.

Decorre daí o entendimento da Corte Superior sobre dito pensionamento, conforme julgado acima expresso, cujo item pertinente reproduzo abaixo.

> “Ementa: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR AGENTE DO ESTADO. MENOR. PARAPLEGIA E AMPUTAÇÃO DO MEMBRO INFERIOR DIREITO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. TERMO INICIAL. DATA DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO AD QUEM. PENSÃO VITALÍCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO DADA A GRAVIDADE DAS LESÕES. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

> 1. […]; 2. […]; 3. Dadas as peculiaridades do caso e a atividade anteriormente exercida, é de ser fixada, em desfavor da Fazenda estadual, pensão mensal em valor equivalente a um salário mínimo, a ser concedido a partir do deferimento da aposentadoria por invalidez, incluindo-se as verbas referentes ao décimo terceiro salário e às férias. Precedente: REsp 811.193/GO, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 6/11/2006). 4. Quanto ao termo ad quem, tendo em vista ser a própria vítima quem reclama o pensionamento, e, levando-se em conta que a sua lesão, embora parcial, é permanente, acompanhando-o até o fim dos seus dias, a pensão deve ser vitalícia. 5. […]; 6. […]; 7. […]; 8. […]; 9. […]; 10. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1168831/SP Recurso Especial 2009/0234650-8; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Órgão Julgador 1ª Turma; Julg. 02/09/2010; Fonte DJe 13/09/2010).

Portanto, à vista dos esclarecimentos acima colacionados, deve ser mantida, também, a forma de compensação devida a título de dano material, nos termos arbitrados na sentença.

Por último, a empresa apelante reporta-se ao valor dos honorários advocatícios, alegando que o percentual arbitrado mostra-se desarrazoado, por incidir sobre o total da condenação, incluindo o pensionamento mensal sobre o dano material, porquanto, segundo a apelante, não foram atendidos os requisitos dispostos no parágrafo 3º do artigo 20 do CPC. Requer, então, a redução ao percentual mínimo e que não incida sobre as prestações pecuniárias vencidas, se mantidas.

A sentença arbitrou o percentual de 15% (quinze por cento) sobre a condenação a título de honorários advocatícios.

A empresa apelante, embora expresse inconformismo pelo não atendimento aos requisitos do artigo 20, parágrafo 3º, do CPC, não especifica qual requisito restou violado pela condenação.

Mesmo tendo listado tais requisitos, a apelante não detalhou qual deles não fora atendido pelo patrono. Se houve desleixo profissional, ou se o trabalho realizado, assim como a importância e a natureza da causa, não corresponderam ao percentual estipulado, destacando apenas que "não se justifica o arbitramento em percentual tão elevado de honorários advocatícios, levando-se em consideração tais requisitos".

Nada disso foi alegado, operando-se a impugnação apenas por impugnar, carecendo de mínimo fundamento a argumentação nesse sentido.

Mesmo assim, entendo merecer algumas considerações o pedido quanto à redução do percentual de honorários e quanto à não incidência sobre as prestações vencidas.

Com relação ao dano moral, o valor líquido da condenação enseja aplicabilidade direta do parágrafo 3º do artigo 20 do CPC, porquanto não se comprovou violação a qualquer dos requisitos paradigmáticos ali contidos para estipulação do percentual relativo aos honorários.

Sobre o percentual estabelecido entendo não haver razão para sua redução,

pois foi estipulado no valor médio dos limites contidos no mencionado parágrafo 3º do artigo 20 da lei processual civil.

Ademais, como já exposto, não restou comprovada qualquer violação aos requisitos que orientam a estipulação do percentual, inexistindo argumentação, nesse sentido, por parte da empresa apelante.

Quanto ao dano material, estabelecido em forma de pensionamento mensal, também deve incidir a sucumbência, mas nos termos determinados pelo parágrafo 5º do mesmo artigo 20 do CPC, o qual trata do valor da condenação em prestações, nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa.

Nesse sentido, a Corte Superior de Justiça já estabeleceu que os honorários devem incidir sobre as prestações vencidas até a prolatação da sentença, acrescidas de uma anualidade das vincendas, como abaixo.

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO E POR TEMPO INDETERMINADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PARCELAS VENCIDAS MAIS O VALOR DE UMA ANUIDADE DAS VINCENDAS. EXCLUSÃO DA MULTA DO ART. 538 DO CPC. CARÁTER PROTELATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. 1. O entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que, em se tratando de parcelas periódicas, os honorários advocatícios limitam-se ao valor das parcelas vencidas mais uma anualidade das vincendas, nos termos do artigo 260, do CPC. 2. […]; 3. […].". (AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 1114786/SP; Agr Reg nos Emb Decl no Agr Reg no Agr Instr 2008/0239466-6 Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Órgão: 2ª Turma; Julg. 16/12/2010; Fonte DJe 10/02/2011).

Portanto, em se tratando de prestações de trato sucessivo, o entendimento pacificado é de que a sucumbência incide sobre o valor das prestações vencidas até a decisão, acrescidas de uma anualidade das prestações vincendas, para se adequar ao que dispõe o artigo 260 do CPC, que é a regra a ser seguida em tais casos.

No presente caso, a sentença condenou em honorários apenas as prestações vencidas, subentendendo-se até a prolatação da sentença pela ausência de termo 'ad quem' para seu cumprimento.

Ou seja, a sentença não incluiu a anualidade das prestações vincendas, a ser somada ao total das prestações vencidas para efeito de incidência do ônus advocatício.

Embora passível de reforma, conforme determinação contida no artigo 515, parágrafo 1º, do CPC, que devolve toda a apreciação da questão ao tribunal, entendo que a alteração da sentença nesse sentido, por não existir requerimento próprio, caracteriza "refomatio in pejus", não permitido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Veja-se recente julgado da Corte Superior, como abaixo.

> "Ementa: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ALTERAÇÃO DOS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. MAJORAÇÃO. 'REFORMATIO IN PEJUS'. 1. […]; 2. […]; 3. […]; 4. A alteração dos critérios de fixação de honorários, com sua consequente majoração, sem que tenha havido alteração da sucumbência ou recurso da parte vencedora com esse objetivo, caracteriza 'reformatio in pejus'. 5. […]; 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.". (REsp 1172986/PE Recurso Especial 2010/0002022-5; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão Julgador 3ª Turma; Julg. 02/08/2011; Fonte DJe 10/08/2011).

Assim, mais uma vez, deve ser mantida a decisão quanto ao ônus sucumbencial, por se adequar às orientações jurisprudenciais majoritárias.

Portanto, considerando tudo o que foi exposto, conheço do recurso de apelação interposto por reconhecer presentes os requisitos de admissibilidade, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO mantendo incólume a sentença de primeiro grau quanto à existência do dano e a obrigação de repará-lo, quanto aos valores estipulados a título de dano moral e de dano material, bem como em relação ao ônus de sucumbência referente aos honorários advocatícios na forma determinada.

VOTO - RECURSO ADESIVO

Com a interposição da apelação pela empresa promovida, o autor aderiu ao recurso, apresentando insurgência nos termos do artigo 500 do CPC.

Como relatado, os pontos controvertidos do recurso adesivo dizem respeito ao valor da pensão vitalícia, à compensação do benefício previdenciário e ao termo inicial da obrigação e da incidência do juro e da correção devida.

Com relação ao valor da pensão, argumenta o aderente que este deveria expressar a quantia correspondente ao salário mensal que auferia na empresa, ao invés do salário mínimo fixado na decisão.

Como explanado alhures, a condenação em prestações mensais decorreu da aplicação do artigo 1.539 do Código Civil anterior, reproduzido através do artigo 950 do Código Civil atual.

Pelo aresto mencionado a pensão dever refletir valor "correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu".

Para fixação de tal valor, reproduzo adiante posição doutrinária que orienta sua fixação adequada ao caso concreto, em comentário ao aludido artigo 950 do Código Civil.

> "O cálculo da pensão deve tomar por base a remuneração auferida pelo ofendido. Se não houver renda determinada, ou se se exercia atividade

> doméstica, o cálculo se faz de acordo com o salário mínimo. Mesmo aos menores se vem reconhecendo a indenização presente, ainda que não trabalhem, se a lesão prejudica o exercício de qualquer profissão. A perda da capacidade de produzir renda é, de fato, um dano certo. E, aqui, de novo, utilizando-se o salário mínimo como critério. Alguma discussão se coloca quando a vítima, apesar de inabilitada completamente à profissão ou ocupação remunerada a que se dedicava, não fica impedida de exercer outra atividade. O princípio, ao que se entende, é que, nessas hipóteses, a indenização deverá ser integral, salvo caso específico em que se demonstre que o ofendido acabou encontrando outro trabalho, que exerce normalmente sem maior esforço ou sacrifício de qualquer ordem, portanto sem que seja suficiente, à redução da pensão, a mera conjectura sobre a possibilidade de desempenho de outra ocupação. A pensão paga no caso do preceito em comento é vitalícia e traz ínsita a cláusula 'rebus'..." (Código Civil Comentado; Coordenador Ministro Cezar Peluso; Comentário de Cláudio Luiz Bueno de Godoy; 3ª edição; Barueri SP; Ed. Manole, 2009; p. 917).

Depreende-se, então, que, regra geral, o valor do pensionamento deve corresponder à remuneração auferida pelo ofendido, salvo se este, inabilitando-se de seu mister, puder ser inserido em outra ocupação, cujo novo critério deve ser mensurado pelo salário mínimo em equivalência à importância do trabalho anterior.

É justamente a situação em análise. Como reconhecido na apreciação da apelação, a inabilitação do ofendido não se deu de forma absoluta, ou seja, não ocorreu a incapacidade para qualquer profissão, embora tenham sido relatadas as enormes dificuldades para nova atividade.

Assim, entendo que o critério referente ao salário mínimo para fixação do valor do pensionamento, neste caso, deve se sobrepor à regra geral que aponta a remuneração auferida pelo ofendido no exercício de seu mister. Portanto, deve ser mantida a sentença neste aspecto.

A seguir, o aderente alega culpa da empresa em não comunicar ao órgão previdenciário suas condições de saúde, como determinado em lei, asseverando que a sentença foi omissa em atribuir renda mensal em favor dele, aderente, como compensação de benefício previdenciário que deixou de auferir pela falta de comunicação do acidente.

O documento legal de informação da empresa a que se refere o aderente é o conhecido CAT – Comunicação de Acidente de Trabalho, o qual, embora não implique em concessão imediata de benefício, inicia procedimentos por parte do órgão previdenciário quanto aos direitos do segurado.

Entretanto, dita comunicação não se restringe ao empregador. O artigo 22, parágrafo 2º, da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, estabelece que "na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo

previsto neste artigo.”.

Julgado oriundo da Corte Superior de Justiça confirma a interpretação da regra mencionada, como reproduzido abaixo.

> “RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. C.A.T. - A teor do disposto no §2º do Art. 22, outras pessoas, além do empregador, podem expedir CAT. Com efeito, na falta de comunicação por parte da empresa, podem formalizá-la o próprio acidentado, seus dependentes, a entidade sindical competente, o médico que o assistiu ou qualquer autoridade pública, não prevalecendo nestes casos o prazo previsto neste artigo.”. (REsp 896271/SC Rec Esp 2006/0227620-0; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Órgão: 3ª T.; Julg. 04/12/2007; Fonte DJ 14/12/2007; p. 406).

Ou seja, se o ofendido considerou sua condição acidentária com a redução da capacidade auditiva através da continuidade de sua atividade, da qual tinha conhecimento, caberia, mediante a omissão da empresa, a ele próprio ou a qualquer das pessoas acima relacionadas proceder a comunicação para fazer jus aos benefícios agora pretendidos a guisa de compensação.

Portanto, se a faculdade de comunicar o acidente ao órgão previdenciário é tanto da empresa como do ofendido, e não tendo sido realizada por nenhum deles, não me parece razoável que o aderente venha, agora, tirar proveito de sua própria desídia.

Ademais, a omissão do julgado tem procedimento próprio para supri-la, qual seja, o embargo de declaração, que não foi efetivado pelo aderente na ocasião propícia.

Rejeito, portanto, a pretensão do recorrente quanto ao pensionamento pretendido a título de compensação, por entender ser iniciativa do próprio ofendido a comunicação que geraria todos os direitos previdenciários decorrentes do acidente de trabalho que sofreu.

Nova insurgência do aderente, desta feita quanto ao termo ‘a quo’ para implantação da obrigação e para incidência de juro e correção daí advindos.

Para implantação da obrigação pretende o recorrente que esta seja devida a partir da data em que ocorreu a demissão, quando a sentença estabeleceu a partir da citação.

Entendo caber razão ao recorrente, porquanto deve ser aplicado ao caso o artigo 962 do Código Civil anterior, que estabelecia que “nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrou”. O Código Civil de 2002 reproduziu o aresto constando, no mesmo sentido, que “nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.”.

Julgados da Corte Superior estabelecem o termo inicial das obrigações

decorrentes de acidente de trabalho, como determinado na regra mencionada.

Veja-se adiante.

> "Ementa: EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. LESÃO TOTALMENTE INCAPACITANTE PARA A ATIVIDADE EXERCIDA. REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA. PENSÃO MENSAL. INTEGRALIDADE. ACÓRDÃO EMBARGADO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 168/STJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA IMPROVIDOS. 1. […]; 2. Destarte, ainda que mantido o empregado em suas funções anteriores, o desempenho do trabalho, com maior sacrifício, em face das sequelas permanentes, há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão indenizatória, independentemente de perda financeira concretamente apurada. 3. A pensão devida à vítima de acidente no trabalho que fica incapacitada para a atividade laboral, deve ser paga desde a data do evento, sendo irrelevante o fim de seu vínculo empregatício. Precedentes. 4. […]; 5. […]; 6. Embargos de divergência improvidos." (Destaquei). (EREsp 812761/RJ Embargos de Divergência em Recurso Especial 2009/0103165-5; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Órgão Julgador 2ª Seção; Julg. 14/09/2011; Fonte DJe 11/10/2011).

No presente caso, o ato ilícito perpetrado pela empresa configurou-se no ato demissional, quando se efetivou o prejuízo causado ao recorrente.

Deve, portanto, ser reformada a sentença, neste tocante, para fixar como termo inicial do pagamento das prestações a que foi condenada empresa a data da demissão do empregado, ao invés da citação.

Sobre o juro decorrente da condenação, é de fácil percepção que esta não advém de ilícito contratual, atraindo a incidência da súmula nº 54 do STJ, a qual dispõe que "os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

Dito aresto se amolda à disposição contida no artigo 962 do Código Civil anterior, reproduzido pelo artigo 398 do novo Código, como expressos acima.

Também a correção monetária, por não advir de condenação por ilícito contratual, deve incidir a partir do ato demissional, porquanto, como dito, foi nesta ocasião que se efetivou o prejuízo causado ao aderente, ensejando aplicação da súmula nº 43 do STJ, a qual dispõe que "incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo".

A data aqui estabelecida como termo inicial de incidência de juros e correção monetária deve se ater a ambas condenações, por dano moral e por dano material.

Assim, conheço do recurso adesivo por seus requisitos, mas, considerando a exposição supra, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, reconhecendo que a

condenação em prestações deve fluir a partir da data em que ocorreu o ato demissional do ofendido, assim como estabelecer a mesma data para incidência dos juros e correção monetária decorrentes da condenação, tanto em dano moral como em dano material, mas mantendo o valor fixado em salário mínimo e rejeitando nova condenação à empresa recorrida, pretendida a título de compensação.

É como voto.

Fortaleza, 01 de Fevereiro de 2012.

Francisco Auricélio Pontes
Desembargador Relator

PROCESSO Nº 0005925-04.2001.8.06.0000
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MASSA FALIDA DE SIRAC SERVIÇOS INTEGRADOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA
APELADO: BANCO RURAL S/A
RELATORA: DESa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO – REQUERIMENTO DE CONVERSÃO EM DEPÓSITO SUPERVENIENTE À DECRETAÇÃO DE FALÊNCIA – NÃO LOCALIZAÇÃO DO BEM DADO EM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR - PRECEDENTES DO STJ - PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO – ANÁLISE DA APELAÇÃO PREJUDICADA.

1. *Ab initio*, existe uma questão prejudicial que deverá ser examinada pela Câmara. Trata-se de matéria de ordem pública, que, a despeito de não ter sido ventilada pela Apelante nas razões recursais, é dada ao julgador, nos termos do art. 267, § 3º do Código de Processo Civil, conhecê-la de ofício devido ao chamado efeito translativo dos recursos. Cumpre apontar que, no âmbito do processo de conhecimento, as matérias que se inserem nessa contextualização estão em regra elencadas no art. 301 do Código de Processo Civil.

2. No caso sob exame, é de clareza solar a falta de interesse de agir superveniente da instituição financeira Ré, porquanto requereu a conversão da ação de busca e apreensão em depósito em 08 de maio de 1998, quando já decretada a falência da empresa promovida, que data de 06 de julho de 1994. Nesse contexto, restando evidente nos autos o desaparecimento do bem dado em alienação fiduciária, reputa-se inoperante a instauração de ação de depósito contra os sócios e diretores da pessoa jurídica falida, eis que estes não detêm mais a posse, a administração e a disposição dos bens que compõem o seu patrimônio. Da mesma sorte, é de se notar a impossibilidade de compelir a massa falida, ora Apelante, a dar cumprimento à obrigação nos moldes estabelecidos para a ação de Depósito, com previsão no art. 901 e seguintes do Código Buzaid. Ressalte-se que, nos termos do art. 7º do Decreto-lei 911/69 c/c o art. 76 do Decreto-lei 7.661/45, diante da quebra da empresa Promovida, ora Apelante, bem como da não localização do bem objeto do contrato de alienação fiduciária, pela massa falida, não se faz possível o prosseguimento da presente ação de

depósito, passando o credor fiduciário a deter um crédito meramente quirografário, a ser exigido no juízo falimentar.
3. Preliminar de ausência de interesse de agir suscitada de ofício para extinguir o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI do CPC.
4. Apelação prejudicada em sua análise.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0005925-04.2001.8.06.0000, 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 suscitar de ofício a preliminar de falta de interesse de agir, julgando extinto o processo sem resolução do mérito (CPC, art. 267, VI) e declarando prejudicada a análise da apelação, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pela MASSA FALIDA DE SIRAC SERVIÇOS INTEGRADOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA contra a r. sentença de fls. 96/97 que, nos autos da AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO ajuizada pelo BANCO RURAL S/A, julgou procedente o pedido formulado na inicial, com fulcro no art. 4º do Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969, c/c os arts. 901 e 904 do Código de Processo Civil.

Consiste o inconformismo recursal, preliminarmente, na nulidade da citação editalícia, porquanto a condição de falida da empresa Apelante, bem como o seu endereço, haviam sido noticiados nos autos.

No mérito, sustenta que o veículo objeto do contrato de financiamento, garantido por alienação fiduciária, sequer foi arrecadado no respectivo processo falimentar, não lhe sendo justo, nessas condições, responder pela entrega do bem. Outrossim, defende que os Tribunais pátrios têm entendido pelo não cabimento da prisão civil do devedor fiduciário, e sobre tal questão o magistrado de primeiro grau não se manifestou.

Recebida a apelação em seus regulares efeitos (fl. 119).

Contrarrazões apresentadas às fls. 120/127.

Subiram os autos a este e. Tribunal de justiça (fl. 128).

Manifestação do ilustre representante do Ministério Público, pela improcedência do recurso (fls. 139/140).

Vieram-me os autos conclusos para julgamento após redistribuição (fl. 154).

É o relatório, no que há de essencial.

VOTO

Ab initio, existe uma questão prejudicial que deverá ser examinada pela Câmara. Trata-se de matéria de ordem pública, que, a despeito de não ter sido ventilada pela Apelante nas razões recursais, é dada ao julgador, nos termos do art. 267, § 3º do Código de Processo Civil, conhecê-la de ofício devido ao chamado efeito translativo dos recursos.

Sobre o tema, válida a lição de LUIZ GUILHERME MARINONI:

> O efeito translativo é ligado à matéria que compete ao Judiciário conhecer em qualquer grau de jurisdição, ainda que sem expressa manifestação das partes, a exemplo das questões enumeradas no art. 301 do CPC. [1]

Neste mesmo sentido, é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> [...] quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos do art. 267, § 3º e no art. 301, §4º do CPC. Nesses limites é de ser reconhecido o efeito translativo como inerente também ao recurso especial. [2]

Cumpre apontar que, no âmbito do processo de conhecimento, as matérias que se inserem nessa contextualização estão em regra elencadas no art. 301 do Código de Processo Civil.

No caso sob exame, é de clareza solar a falta de interesse de agir superveniente da instituição financeira Ré, porquanto requereu a conversão da ação de busca e apreensão em depósito em 08 de maio de 1998, quando já decretada a falência da empresa promovida, que data de 06 de julho de 1994.

No dizer sempre expressivo de Vicente Greco Filho, o interesse – na modalidade adequação – falta em tal situação "porque é inútil a provocação da tutela jurisdicional se ela, em tese, não for apta a produzir a correção argüida na inicial". [3]

Nesse contexto, restando evidente nos autos o desaparecimento do bem dado em alienação fiduciária, reputa-se inoperante a instauração de ação de depósito

1 MARINONI, Luís Guilherme. Manual do Processo de Conhecimento. 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p.526.

2 REsp 609144/SC, relator Ministro teori Albino Zavascki, j. 06.04.2004.

3 *In* Direito Processual Civil Brasileiro, 11ª. Ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, nº 14/2, p. 81.

contra os sócios e diretores da pessoa jurídica falida, eis que estes não detêm mais a posse, a administração e a disposição dos bens que compõem o seu patrimônio.

A jurisprudência do c. Superior Tribunal de Justiça segue a mesma esteira:

> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA EM GARANTIA. FALENCIA DA DEVEDORA. AÇÃO DE DEPOSITO MOVIDA CONTRA OS SOCIOS COTISTAS DA EMPRESA. DECRETADA A FALENCIA DA SOCIEDADE, DESCABE A AÇÃO DE DEPOSITO CONTRA OS SEUS ANTIGOS ADMINISTRADORES POR NÃO TEREM ELES MAIS A POSSE E A ADMINISTRAÇÃO DOS BENS SOCIAIS. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. [4]

Da mesma sorte, é de se notar a impossibilidade de compelir a massa falida, ora Apelante, a dar cumprimento à obrigação nos moldes estabelecidos para a ação de Depósito, com previsão no art. 901 e seguintes do Código Buzaid.

Ressalte-se que, nos termos do art. 7º do Decreto-lei 911/69 c/c o art. 76 do Decreto-lei 7.661/45, diante da quebra da empresa Promovida, ora Apelante, bem como da não localização pela massa falida do bem objeto do contrato de alienação fiduciária, não se faz possível o prosseguimento da presente ação de depósito, passando o credor fiduciário a deter um crédito meramente quirografário, a ser exigido no juízo falimentar.

Nesse sentido está a lição do eminente Ministro Luís Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, relator do REsp 847759/MG:

> Dessa forma, proposta a ação de busca e apreensão antes da decretação da falência do devedor fiduciante, ainda que convertida em ação de depósito, em conformidade com o art. 4º do Decreto-Lei nº 911/69, em regra poderia o credor prosseguir na demanda, requerendo a restituição, com base em sua garantia real, não mais em face da empresa devedora, mais figurando a massa falida no pólo passivo.
> (...)
> Contudo, no caso ora em análise, os bens objeto do contrato de alienação fiduciária não foram encontrados pelo credor e, tampouco, arrecadados pela massa falida. Assim, não é possível o prosseguimento da ação de depósito, ainda que a busca e apreensão tenha sido ajuizada antes da decretação da quebra, vez que o proprietário fiduciário passou a deter um crédito meramente quirografário.

Corraborando esse entendimento, colaciono outro precedente do Tribunal da Cidadania, de relatoria do Ministro Barros Monteiro:

> ALIENAÇÃO FIDUCIARIA. FALENCIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. DECRETADA A FALENCIA DO DEVEDOR, SEM A

4 REsp 21299 / RJ, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, J. 09/11/1993, DJ 13/12/1993

ARRECADAÇÃO DO BEM ALIENADO FIDUCIARIAMENTE, CABE AO CREDOR HABILITAR SEU CREDITO COMO QUIROGRAFARIO. RECURSO CONHECIDO MAS IMPROVIDO.

Mercê das considerações acima narradas, suscito de ofício a preliminar de falta de interesse de agir, julgando extinto o processo sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI do CPC; e declarando prejudicada a análise da presente apelação.

Em face do princípio da causalidade, condeno a parte Demandada ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), com supedâneo no art. 20, §§ 3º e 4º do CPC.

Fortaleza, 24 de fevereiro de 2012.

Nº Processo: 0005982-22.2001.8.06.0000
TIPO DO RECURSO: Apelação Cível
TIPO DE PROCESSO: Ação Execução de Título Extrajudicial.
Juiz de Origem: 22ª Vara Cível de Fortaleza-CE.
Apelante: Banco Rural S/A
Apelados: Agropastoril Raboni Ltda., Nutrimais Produtos Agropecuários, Maria do Socorro Martins da Rocha e Ana Maria Carneiro da Rocha.
Relator: Des. Durval Aires Filho.
Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível
AJ001

EMENTA:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO E NOTA PROMISSÓRIA VINCULADA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 618, INC. I DO CPC. SÚMULA 233 E 258 DO STJ. PRECEDENTES DESTA RELATORIA. Nem o Contrato de Mútuo Parcelado, nem a "Nota promissória garantidora", são títulos executivos. Incidência das Súmulas 233 e 258 do STJ. Não são títulos exigíveis, com o propósito de aparelhar execução, porque não são frutos de transação comercial entre as partes, mas negócio bancário, sucedâneo do contrato, como garantidor do pacto e que, por esta circunstância de garantia e de vinculação, perde a sua força executiva, autonomia e qualidade cambial. A súmula nº. 233 do STJ, diz que não é título executivo e a de nº. 258, encerra a discussão: "a nota fiscal vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou". APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES DO STJ E DESTA RELATORIA AC. 0471201-48.2000.8.06.0000 E 0001847-64.2001.8.06.0000

ACÓRDÃO:Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0005982-22.2001.8.06.0000, em que figuram, como Apelante: Banco Rural S/A e Apelados: Agropastoril Raboni Ltda., Nutrimais Produtos Agropecuários, Maria do Socorro Martins da Rocha e Ana Maria Carneiro da Rocha.

ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Relatório

Trata-se de Apelação Cível intentada pelo Banco Rural S/A, que se insurge contra o decisorium litis, em sede na Ação de Execução nº 99.02.06571-6, por ele ajuizado, tendo como apenso uma Medida Cautelar Inominada ou inespecífica de nº 1999.02.30176-2, onde o Juiz de Piso julgou extinto a presente lide, em função de nulidade manifesta, condenando o exequente ao pagamento das custas processuais, e nos honorários advocatícios, arbitrados em 5% sobre o valor dado à causa - parte Dispositiva (fls. 48/52).

Sobreveio o inconformismo por meio de recurso apelatório, de fls. 54/59, arguindo, entre outros pontos, que a demanda executiva está aparelhada por um contrato de mútuo e não abertura de crédito. Rogando, pois, pela reforma in totum do decisum.

Nas contrarrazões do apelo, o recorrido rechaçando a peça recursal e rogando pela manutenção da sentença (fls. 65/73).

Disputa eminentemente privada, cujo interesse patrimonial só diz interesse às partes particulares, não se tratando de direito indisponível.

Distribuídos e redistribuídos, o feito chegou até meu gabinete por força da portaria 154/2011 (fls.106).

É o breve relatório. À douta Revisão.

Fortaleza, 18 de janeiro de 2012.

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissibilidade insertos nos artigos 506 e 513, ambos do Código de Processo Civil.

Não há desacerto na decisão hostilizada, nem muito menos afronta em dizer que os títulos não seriam, para o caso em apreço, extrajudiciais. O certo é que, conforme cristalizada pela jurisprudência nacional, nota promissória vinculada a abertura de crédito é título inexigível. Na prática, o Banco Apelante não poderia fazer cobrança, via execução, porque não há valor integral do débito, levando em conta que o consumidor do crédito ou utilizou apenas parte dos recursos, ou, no momento de sua cobrança se insere diversos acessórios, além dos juros e correções previamente pactuadas, aquilo que os populares chamam de "cesta de custos", onde são incluídos comissões, taxas de permanências e outras despesas que compõem os produtos bancários, tudo pactuado, mas nem sempre com amparo da legislação específica.

Normalmente, em casos de contrato de abertura de crédito e notas promissórias, como é o caso, podem ser desenhadas duas situações anômalas: executam-se o débito não concluído, não pelo contrato, mas pela cambial, quando o contratante

utilizou apenas parte do crédito; ou se executa a nota fiscal, mesmo tendo cumprido todo contrato. No primeiro caso, não é possível pela falta de liquidez, a menos que se faça uma nota promissória em branco, portanto, adotando o caminho do abuso e da ilegalidade. No segundo, há desvantagem para o consumidor do produto, porque se compromete a entregar todos os recebíveis para a instituição, em troca de dinheiro, e, ainda assim, tem contra si, como garantia extra, a nota promissória que poderá ser executada em qualquer situação, dado que o título cambial, se observado sua autonomia, não se comunica com a origem que lhe deu causa.

Os títulos executivos extrajudiciais se encontram elencados no art. 585 do CPC e, dentre estes, não se encontram o contrato de abertura de crédito. No caso em liça, o credor/apelante para comprovar a dívida, anexou o contrato de abertura de crédito (fls.08/09 e Nota Promissória) para que o devedor tomasse ciência da dívida atualizada.

Segundo Araken de Assis, em sua festejada obra "Manual da Execução" assim discorre sobre a falta de certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo: "O inc. I do art. 618 comina nulidade à execução lastreada em título (que expressa obrigação) despido dos caracteres reclamados pelo art.586. Segundo Carnelutti, tais atributos "devem se verificar no momento inicial da execução forçada, não naquele em que se formou o título" .

Na espécie, o magistrado de planície julgou improcedente a ação por considerar que o título apresentado, qual seja, Nota Promissória e contrato de abertura de crédito- mútuo, acompanhado de extrato de conta corrente, não preenchem os requisitos de certeza,liquidez e exigibilidade necessários para o ajuizamento do processo de execução.

Assim discorre sobre contrato de abertura de crédito, Maria Helena Diniz, "o contrato pelo qual o banco (creditador) obriga-se a colocar à disposição do cliente (creditado) ou de terceiro, por prazo certo ou indeterminado, sob cláusulas convencionadas, uma importância até um limite estipulado, facultando-se a sua utilização no todo ou parceladamente, porém a quantia deverá ser restituída, nos termos ajustados, acrescida de juros e comissões, ao se extinguir o contrato".

No contrato anexado à inicial não há nenhuma afirmação de qual seja a importância certa e determinada que teria sido creditada ao apelado e, esta ausência, não pode ser suprida com a apresentação de extratos ainda que explicitados pelo banco que abriu o crédito, por serem documentos unilaterais de cuja formação não participou aquele que é indicado como devedor.

Nesse quadro de desproporção, a nota fiscal não é título exigível, com o propósito de aparelhar ação de execução, porque não é furto de transação comercial entre as partes, mas mero sucedâneo do contrato de abertura, como garantidor do pacto

e que, por esta circunstância de garantia e de vinculação, perde a sua força executiva, autonomia e qualidade cambial.

A súmula nº. 258 do Superior Tribunal de Justiça – STJ, encerra a discussão: "a nota fiscal vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de autonomia em razão da iliquidez do título que a originou".

Não obstante, foi editada a Súmula 233, que também trata sobre o assunto. Vejamos:

> "O Contrato de Abertura de Crédito, ainda que acompanhado de extrato da conta-corrente, não é título executivo."

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento sobre a impossibilidade da continuidade da ação de execução lastreada em contrato de abertura de crédito, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE(CHEQUE ESPECIAL). AUSÊNCIA DE EXEQUIBILIDADE DO TÍTULO.SÚMULA 233/STJ. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, POSSÍVEL MESMO APÓS O JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECEDENTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL CONFIGURADO.1. Cuidando-se de nulidade absoluta, como, no caso, a faltade exequibilidade do título, matéria acerca da qual não houvepronunciamento judicial anterior, pode o juiz ou Tribunal, de ofício,dela conhecer em sede de exceção de pré-executividade. Precedentes.2 - No que diz respeito à possibilidade de oposição de exceção de pré-executividade a qualquer tempo e grau de jurisdição,há de se reconhecer a existência de notória divergência entre a decisão recorrida e a jurisprudência desta Corte, razão pela qual se aplacam os rigores dos arts. 255, § 2º, RISTJ, e 541, parágrafo único, do CPC, que exigem cotejo analítico entre os precedentes confrontados e o acórdão hostilizado 3. Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1185026/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/10/2010, DJe 19/10/2010).

Este Egrégio Tribunal de Justiça, por esta Câmara já solucionou o dissídio:

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA CAPITAL DE GIRO. NOTA PROMISSÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. Nota promissória, não é título exigível, com o propósito de aparelhar execução, porque não é fruto de transação comercial entre as partes, mas negócio bancário, sucedâneo do contrato, como garantidor do pacto e que, por esta circunstância de garantia e de vinculação, perde a sua força executiva, autonomia e qualidade cambial. A súmula nº. 258 do Superior Tribunal de Justiça, encerra a discussão: "a nota fiscal vinculada a contrato de abertura de crédito não goza de

> autonomia em razão da iliquidez do título que a originou". APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. (AC. 0471201-48.2000.8.06.0000, desta Relatoria, julgado em 22/08/2011).

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

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº 6448-16.2001.8.06.0000/0.
APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADO: SIMONE MARIA DE SOUSA MENEZES.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA.
RELATOR: DESEMBARGADOR CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES

EMENTA: REEXAME E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AIDS. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. CONTURBAÇÃO DO AMBIENTE DE TRABALHO. DISCRIMINAÇÃO. CONDENAÇÃO SINGULAR EXCESSIVA. MITIGAÇÃO DO VALOR INDENIZATÓRIO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1- Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de sentença proferida, em Ação de Indenização por Danos Morais, que condenou o Ente Federativo recorrente ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais, em razão de ataque à imagem e dignidade da apelada, em virtude da suspeita de ser portadora do vírus HIV.

2- Sustenta a autora ter sofrido por conduta discriminatória de funcionários do Hospital da Policia Militar, onde a promovente trabalhava, com destaque para o seu diretor, que a teria demitido sem justa causa, em decorrência do contexto no meio de trabalho gerado em razão da sua suspeita de AIDS.

3- Defende o apelante a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Em razões meritórias, postula pela deflagração da excludente de responsabilidade civil, em virtude de culpa exclusiva da vítima, que teria difundido a informação acerca da suspeita da malfamada doença.

4- A indenização pleiteada na ação é decorrente do vínculo trabalhista estabelecido entre ambas as partes, o que, em compasso com a responsabilização objetiva do estado por atos de seus funcionários, nos moldes do art. 37, § 6º da CF/88, afasta a preliminar arguida pelo recorrente.

5- Em análise das provas produzidas, mormente em atenção aos testemunhos colhidos, verifica-se a subsistência de contexto fático ensejador de danos morais, em razão do tumulto causado no ambiente de trabalho da vítima, assim como da invasão de sua vida íntima, causando-lhe prejuízo à imagem, ensejador de reparação civil. Nota-se, ainda, causalidade entre a situação de desconfiança gerada pela suspeita de AIDS e a demissão sem justa causa da promovente, ratificando a

imperatividade da compensação.
6- Verificada a necessidade de imposição de condenação a titulo de consolo moral, deve-se delimitar a fronteira da indenização em compasso com a extensão do dano, o desestimulo à repetição do ato e a vedação ao enriquecimento sem causa da beneficiada, razão pela qual o montante de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais), decididos em sentença, mostram-se fora do padrão alcançado mediante balizamento dos critérios elencados. Destaca-se, ainda, que a própria vítima concorreu para a difusão da informação acerca da possibilidade de ser portadora de HIV, exigindo-se, por conseguinte, a aplicação do art. 945 do Código Civil, por sua culpa concorrente.
7- Impera-se, em conclusão, o parcial provimento do apelo, no sentido de reconhecer os danos morais sofridos, contudo, balanceá-los, estabelecendo a condenação no montante de R$ 15.000,00 (quinze mil reais).
8- Quanto aos ônus sucumbenciais, mantenho a sentença de primeiro grau, nos termo em que lançada, em atenção aos ditames da Súmula 326 do STJ.
9- Reexame e Apelo conhecidos e parcialmente providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Quinta Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer, para dar parcial provimento ao recurso e reexame em referência, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de sentença proferida pelo Douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em Ação de Indenização por Danos Morais intentada por SIMONE MARIA DE SOUSA MENEZES, nos autos do processo nº 1998.02.11429-4, que condenou o Ente Federativo recorrente ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais.

Em peça inaugural da Ação de Indenização, que dormita em fls. 02 - 08, cuja sentença é objeto do presente apelo, primordialmente, é solicitado o benefício da assistência judiciária e passa a autora a narrar que exercia a função de auxiliar de enfermagem no Hospital da Policia Militar e que, em seu ambiente de trabalho, sofria perseguições por parte do diretor do recinto, em decorrência de supostas alegações de que seria portadora do vírus HIV.

Informa, inclusive, que teria sido discriminatoriamente obrigada, pelo diretor do hospital, a realizar exame médico, com o fulcro de detectar a incidência de AIDS.

Alega também que o exame feito atesta a não existência de contaminação pelo vírus HIV, conforme comprova com o documento de fls. 10.

Ademais, aduz que foi demitida, sem justa causa, de seu cargo, pelo que pretende estabelecer nexo causal de tal acontecimento com as acusações de ser portadora da malfamada enfermidade. Salienta-se que a temática trabalhista foi devidamente discutida em processo próprio, cuja cópia da decisão consta às fls. 42 – 45.

Em decorrência do exposto, a promovente reclama por ter sido vilipendiada em sua dignidade, em razão de os comentários acerca da hipotética doença serem agressores de sua moral, atingindo-a depreciativamente social e profissionalmente, razão pela qual, invocando a teoria da responsabilidade objetiva da administração pública, requer uma indenização por danos morais, dando ao valor da causa o limite de R$ 219.600,00 (duzentos e dezenove mil e seiscentos reais).

Gratuidade judiciária deferida em fls. 18.

Consolidando a tríade processual, em contestação de fls. 21 – 30, o Estado do Ceará, preliminarmente, postula pela deflagração de sua ilegitimidade passiva ad causam, sob a fundamentação de que o suposto dano sofrido pela autora não estaria relacionado a atos praticados em exercício do múnus público.

Em sede meritória, defende que os acontecimentos narrados na exordial foram frutos de culpa exclusiva da vítima, que teria divulgado que estaria com suspeita de portar o vírus HIV.

No mais, sustenta a inexistência de prejuízo moral da requerente, sob o embasamento de que a simples alegação de que a autora portaria AIDS não poderia lhe imputar dano moral indenizável, postulando, por fim, a total improcedência da causa.

Réplica às fls. 35 – 41, na qual são reiteradas as razões postas em exordial.

Depoimentos testemunhais às fls. 76 – 79 e fls. 90 – 94.

Memorais apresentados ás fls. 97 – 99 e fls. 100 – 105.

Parecer Ministerial às fls. 107 – 108, opinando pela improcedência da ação.

Em sentença de fls. 110 – 116, o Douto Juízo singular, afastando a preliminar de ilegitimidade passiva, entendeu pela configuração de ocorrência de dano moral indenizável, em consequência de atos discriminatórios que teria agredido a honra pessoal da autora, mormente em razão da obrigação de realização do exame acerca da condição de saúde da mesma e de sua demissão sem justa causa, concluindo pela condenação do Estado ao pagamento de indenização no valor de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de compensação por danos morais à promovente; decisão esta submetida ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

Inconformado com a sentença prolatada, o Estado do Ceará interpôs o presente apelo de fls. 121 – 129, almejando a extinção processual sem resolução de mérito por ilegitimidade passiva do ente federativo, ou, sucessivamente, que a sentença

seja reformada, no sentido de reconhecer a improcedência total da ação, ou que o valor da condenação seja mitigado, primando pela razoabilidade do decisum.

Em contrarrazões de fls. 131 – 138, a recorrida defende a manutenção da sentença proferida.

Em parecer de fls. 149 – 154, o Ministério Público se pronunciou opinando pelo reconhecimento de culpa concorrente das partes querelantes, devendo-se ponderar o quantum indenizatório, em respeito ao mencionado parâmetro.

Logo após, os autos foram a mim conclusos.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de Reexame Necessário e Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de sentença proferida pelo Douto Juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, em Ação de Indenização por Danos Morais intentada por SIMONE MARIA DE SOUSA MENEZES, nos autos do processo nº 1998.02.11429-4, que condenou o Ente Federativo recorrente ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de indenização por danos morais.

A ação de indenização, cuja sentença é o objeto do presente apelo, trata de postulação de compensação por danos morais, fundamentada no escorço fático oriundo de suposta conduta discriminatória de funcionários do Hospital da Policia Militar, onde a promovente trabalhava, com destaque para o seu diretor, que a teria obrigado a realizar exame médico verificador do vírus HIV, assim como a demitido, sem justa causa.

Em sentença, o juízo singular reconheceu a procedência da ação de indenização, condenando o apelante ao pagamento de R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) a título de compensação.

O Estado do Ceará, descontentado com a decisão singular, interpôs apelação, oportunidade na qual requer a extinção processual, sem resolução de mérito, por ilegitimidade passiva ad causam, ou, sucessivamente, que a sentença seja reformada, no sentido da improcedência total da ação. No mais, requer, caso mantida a sucumbência, que o valor da indenização seja mitigado, em atenção à proporcionalidade.

Assim, urge destacar que o cerne da presente querela reside, preliminarmente, na apreciação da legitimidade passiva ad causam e, a seguir, na análise da responsabilização da administração pública, em face do escorço fático apresentado.

Da legitimidade passiva *ad causam*.

É imprescindível, portanto, que seja abordada a preliminar suscitada pelo apelante; assim, urge salientar que a razão da causa de pedir engloba acusações de perseguição, demissão sem justa causa e obrigação de realizar exame médico; atividades, em tese, tipicamente praticáveis em exercício do múnus investido aos agentes do

hospital estatal, o que, por conseguinte, dar azo à propositura da demanda em face do Ente Federativo.

Ademais, a temática é expressamente tratada no corpo de nossa Lei Maior, através da norma positivada em seu art. 37, § 6º, veja-se:

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

Nota-se que, por força de norma constitucional, a administração pública é responsável pelos danos causados por seus agentes, logo, ilegitimidade não se verifica na patente postulação, em que os agentes do hospital estatal estão sendo acusados de causarem prejuízo moral à apelada, razão pela qual é legitimo o polo passivo da demanda, ressalvando-se, nos moldes da mencionada norma constitucional, o direito de regresso contra os diretos causadores do dano, caso tenham agido mediante dolo ou culpa.

Elucidando o raciocínio exposto, é interessante colacionar entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da aplicação do art. 37,§ 6º da Carta Magna, o que, inclusive, ratifica a Responsabilização Objetiva do Estado pela atuação de seus agentes, veja-se:

> EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO: § 6º DO ART. 37 DA MAGNA CARTA. ILEGITIMIDADE PASSIVA ***AD CAUSAM***. AGENTE PÚBLICO (EX-PREFEITO). PRÁTICA DE ATO PRÓPRIO DA FUNÇÃO. DECRETO DE INTERVENÇÃO. O § 6º do artigo 37 da Magna Carta autoriza a proposição de que somente as pessoas jurídicas de direito público, ou as pessoas jurídicas de direito privado que prestem serviços públicos, é que poderão responder, objetivamente, pela reparação de danos a terceiros. Isto por ato ou omissão dos respectivos agentes, agindo estes na qualidade de agentes públicos, e não como pessoas comuns. Esse mesmo dispositivo constitucional consagra, ainda, dupla garantia: uma, em favor do particular, possibilitando-lhe ação indenizatória contra a pessoa jurídica de direito público, ou de direito privado que preste serviço público, dado que bem maior, praticamente certa, a possibilidade de pagamento do dano objetivamente sofrido. Outra garantia, no entanto, em prol do servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular. Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 327904, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 15/08/2006, DJ 08-09-2006 PP-00043 EMENT VOL-02246-03

> PP-00454 RTJ VOL-00200-01 PP-00162 RNDJ v. 8, n. 86, 2007, p. 75-78) "grifei".

Igual é o entendimento desta Colenda Corte, observe-se:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATROPELAMENTO FATAL. CULPA COMPROVADA. INDENIZAÇÃO PECUNIÁRIA. 1. Tratam os presentes autos de sentença cível remetida ex officio a esse egrégio Tribunal pelo Juiz a quo que julgou em parte procedente ação de indenização de danos materiais e morais em face do Município de Frecheirinha/Ce, decorrente de acidente de trânsito, com vítima fatal. 2. Inválido o afirmado pela parte ré, ao argumento de que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda. O Estado responde objetivamente pelo dano comissivo causado a outrem. Não importa se o serviço prestado é executado através de terceiros. O art. 37, § 6º da Constituição Federal é cristalino a esse respeito. 3. A fixação da indenização pelos danos materiais e morais no montante de R$ 60.120,00 (sessenta mil, cento e vinte reais) não exorbita a justa medida para a hipótese. - Reexame necessário conhecido. - Sentença confirmada. (Apelação / Reexame Necessário 1290200480600791. Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE. Comarca: Fortaleza. Órgão julgador: 4ª Câmara Cível. Data de registro: 15/07/2010) "grifei".

Ademais, não prosperam as alegações, em sede preliminar, do apelante de que aqueles que causaram o dano reclamado pela recorrida estariam atuando de forma alheia ao múnus público, pois os acontecimentos atestados nos autos denotam diretas consequências no ambiente de trabalho da apelada, o que, por conseguinte, atesta a qualidade de agentes públicos com a qual os causadores do dano agiram, o que ratifica a legitimidade da relação processual desenvolvida.

Destaca-se, ainda, que a legitimidade passiva ad causam é visualizada ao se observar a relação entre os polos da demanda, pois a qualidade de ex-empregada da parte recorrida vincula o Estado a compor a presente causa, afinal, a indenização pleiteada também é decorrente do antigo vínculo trabalhista estabelecido, o que facilmente se percebe ao observar a causa de pedir da demanda indenizatória, cujo mérito envolve até a demissão sem justa causa da requerente.

Nesta oportunidade, é interessante invocar os ensinamentos do Ilustre Doutrinador Fredie Didier Jr:

> A todos é garantido o direito constitucional de provocar a atividade jurisdicional. Mas ninguém está autorizada a levar a juízo, de modo eficaz, toda e qualquer pretensão, relacionada a qualquer objeto litigioso. Impõe-se a existência de um vínculo entre os sujeito da demanda e a situação jurídica afirmada, que lhes autorize a gerir o processo em que esta será discutida. Surge, então, a noção de legitimidade *ad causam*. (DIDIER JUNIOR, Fredie; Curso de Direito Processual Civil: Teoria do Processo e Processo de

Conhecimento. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. 1 v. Pág 203) "grifei".

Conforme explanado na lição doutrinária invocada, a legitimidade *ad causam* depende da identificação de vínculo entre os sujeitos da demanda e a situação jurídica afirmada, o que se encontra plenamente confirmado nos autos, principalmente em razão da qualidade de ex-funcionária da parte recorrida e da condição com a qual os agentes causadores do dano reclamado agiram, exigindo a subsunção do art. 37, § 6º da CF/88.

Conclui-se, portanto, pela improcedência da preliminar invocada, imperando-se o prosseguimento da análise do feito.

Da competência da Justiça Estadual.

Importante, asseverar a competência desta Corte Estadual para conhecer da matéria; apesar da natureza obreira da questão, que poderia atrair a aplicação do art. 114, VI da Lei Magna, o feito tem origem anterior à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que incluiu o citado dispositivo ao texto da Constituição, razão pela qual, nos moldes do enunciado da Súmula Vinculante nº 22, as postulações por dano moral, decorrentes de relação trabalhista, já sentenciada pela justiça comum, quando da superveniência da supracitada reforma constitucional, deverão manter seu curso até o deslinde da causa, veja-se:

> Súmula Vinculante nº 22: A justiça do trabalho é competente para processar e julgar as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho propostas por empregado contra empregador, inclusive aquelas que ainda não possuíam sentença de mérito em primeiro grau quando da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/04. "grifei".

Esclarecendo o supracitado enunciado sumular, é interessante trazer colação de julgado do Supremo Tribunal Federal, que bem trata do assunto:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA JUDICANTE EM RAZÃO DA MATÉRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E PATRIMONIAIS DECORRENTES DE ACIDENTE DO TRABALHO, PROPOSTA PELO EMPREGADO EM FACE DE SEU (EX-)EMPREGADOR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. ART. 114 DA MAGNA CARTA. REDAÇÃO ANTERIOR E POSTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 45/04. EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSOS EM CURSO NA JUSTIÇA COMUM DOS ESTADOS. IMPERATIVO DE POLÍTICA JUDICIÁRIA. Numa primeira interpretação do inciso I do art. 109 da Carta de Outubro, o Supremo Tribunal Federal entendeu que as ações de indenização por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente do trabalho, ainda que movidas pelo empregado

> contra seu (ex-)empregador, eram da competência da Justiça comum dos Estados-Membros. 2. Revisando a matéria, porém, o Plenário concluiu que a Lei Republicana de 1988 conferiu tal competência à Justiça do Trabalho. Seja porque o art. 114, já em sua redação originária, assim deixava transparecer, seja porque aquela primeira interpretação do mencionado inciso I do art. 109 estava, em boa verdade, influenciada pela jurisprudência que se firmou na Corte sob a égide das Constituições anteriores. 3. Nada obstante, como imperativo de política judiciária -- haja vista o significativo número de ações que já tramitaram e ainda tramitam nas instâncias ordinárias, bem como o relevante interesse social em causa --, o Plenário decidiu, por maioria, que o marco temporal da competência da Justiça trabalhista é o advento da EC 45/04. Emenda que explicitou a competência da Justiça Laboral na matéria em apreço. 4. A nova orientação alcança os processos em trâmite pela Justiça comum estadual, desde que pendentes de julgamento de mérito. É dizer: as ações que tramitam perante a Justiça comum dos Estados, com sentença de mérito anterior à promulgação da EC 45/04, lá continuam até o trânsito em julgado e correspondente execução. Quanto àquelas cujo mérito ainda não foi apreciado, hão de ser remetidas à Justiça do Trabalho, no estado em que se encontram, com total aproveitamento dos atos praticados até então. A medida se impõe, em razão das características que distinguem a Justiça comum estadual e a Justiça do Trabalho, cujos sistemas recursais, órgãos e instâncias não guardam exata correlação. 5. O Supremo Tribunal Federal, guardião-mor da Constituição Republicana, pode e deve, em prol da segurança jurídica, atribuir eficácia prospectiva às suas decisões, com a delimitação precisa dos respectivos efeitos, toda vez que proceder a revisões de jurisprudência definidora de competência ex *ratione materiae*. O escopo é preservar os jurisdicionados de alterações jurisprudenciais que ocorram sem mudança formal do Magno Texto. 6. Aplicação do precedente consubstanciado no julgamento do Inquérito 687, Sessão Plenária de 25.08.99, ocasião em que foi cancelada a Súmula 394 do STF, por incompatível com a Constituição de 1988, ressalvadas as decisões proferidas na vigência do verbete. 7. Conflito de competência que se resolve, no caso, com o retorno dos autos ao Tribunal Superior do Trabalho. (CC 7204, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2005, DJ 09-12-2005 PP-00005 EMENT VOL-02217-2 PP-00303 RDECTRAB v. 12, n. 139, 2006, p. 165-188 RB v. 17, n. 502, 2005, p. 19-21 RDDP n. 36, 2006, p. 143-153 RNDJ v. 6, n. 75, 2006,p. 47-58). "grifei".

Superada a abordagem preliminar e fixada a competência deste Egrégio Tribunal para o conhecimento da lide, passar-se-á à análise meritória do caso, o que será desenvolvido em consonância com o suporte probatório produzido nos autos.

Da verificação do dano moral.

Primeiramente, urge verificar a configuração dos elementos ensejadores da responsabilização civil, o que será feito, em atenção a Teoria da Responsabilidade

Objetiva do Estado adotada pelo Ordenamento Jurídico Pátrio, que dispensa a perquirição de culpa, exigindo-se, tão somente, a ponderação acerca da existência de dano e nexo de causalidade entre o prejuízo sofrido e a conduta do apelante, assim é extraído do art. 37, §6º da Carta Magna.

Para que seja verificada a configuração de dano moral, em virtude da natureza dos fatos que desencadearam a pretensão autoral, os termos de depoimentos testemunhais são de destacável relevância, tendo em vista a apreciação, de forma concreta e objetiva, dos acontecimentos.

Analisando a incidência de dano moral na patente questão, não se deve olvidar que a sua configuração independe de comprovação de abalo psicológico sofrido pela vítima, mas sim está relacionado com o atestamento de fato que, em abstrato, seja suficiente para causar prejuízo a direitos da personalidade, passíveis, em tese, de abalar imaterialmente o sujeito de Direito; assim tem entendido o Superior Tribunal de Justiça, observe-se:

> AGRAVO REGIMENTAL. DANO MORAL. PROVA. DESNECESSIDADE. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. 1.- A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que não há falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam (REsp 86.271/SP, 3ª Turma, Rel. Min. MENEZES DIREITO, DJ 9.12.97) 2.- Reconhecido pelo Acórdão recorrido que, em última análise, houve, o caso em que, sem autorização dos autores, restaram eles inequivocamente identificados, por circunstâncias bem identificadas de local de morada, empresa, colegas de trabalho e outras, em quadro televisivo humorístico de âmbito nacional, com efeito pessoal vexatório, restaram faticamente determinados o fato causador do dano moral e o próprio dano, decorrente da invasão de privacidade, não havendo exigência de comprovação de outra espécie de prejuízo. 3.- Agravo Regimental improvido.(AgRg no REsp 1181205/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011). "grifei".

Ressalta-se, portanto, que o objetivo da fase instrutória desta causa reside em colher evidências que demonstrem a configuração de contexto fático que malfira extrapatrimonialmente a parte, de forma a configurar dano moral indenizável, cujo conceito bem explana o Ilustre Doutrinador Paulo Nader:

> Destarte, nem todos os prejuízos causados às vítimas são de natureza material. Há valores humanos que, uma vez atingidos, provocam sofrimento, angústia, desespero e impõem reparação. Quando o ato ilícito atenta contra os direitos da personalidade, como o nome, a honra, a liberdade, a integridade física, a imagem, a intimidade, têm-se danos morais, suscetíveis de indenização. (NADER, Paulo. Curso de Direito Civil v. 7, 3ª ed., ed. Forense, Rio de Janeiro, 2010, p. 86-87).

Assim sendo, estudando as alegações de ambos os polos litigantes, assim como os testemunhos colhidos na fase instrutória, atesta-se por inconteste a ocorrência de situação constrangedora e prejudicial ao bem moral da parte recorrida, cujos reflexos estão lúcidos na realidade fática trabalhista.

É incontroverso que, em razão da suspeita de AIDS, o cotidiano do ambiente de trabalho foi alterado, o que retrata claramente os ataques morais sofridos pela apelada, que, inclusive, são agravados em razão de sua profissão exigir direto trato com a saúde.

Nesta oportunidade, é interessante fazer colação de decisão do Tribunal Superior do Trabalho, no qual se verifica a responsabilização do empregador pela manutenção de um saudável e respeitoso ambiente de trabalho, o que, na devida proporção, aplica-se ao patente caso, veja-se:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - CONSTRANGIMENTO - expressões pejorativas e de baixo calão DIRIGIDAS AO RECLAMANTE POR COLEGAS - DEVER PATRONAL DE ZELAR PELA URBANIDADE NO LOCAL DE TRABALHO - OMISSÃO DA RECLAMADA - INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL DOS DISPOSITIVOS LEGAIS PERTINENTES - SÚMULA 221, II, DO TST - DIREITO DE REGRESSO POSTERIOR. 1. A controvérsia dos autos, dentre outros temas, diz respeito a pedido de indenização por danos morais decorrentes de constrangimento no ambiente de trabalho, em razão de tratamento com expressões pejorativas e palavras de baixo calão entre os empregados. 2. O Regional concluiu que ficou configurado o dano moral alegado pelo Reclamante, em virtude de comumente ser chamado de "corno" ou de "soberano", sendo esta última expressão usada como sinônimo de corno, além de ser tratado por outras palavras de baixo calão. Consignou que cabia à Empregadora zelar pela urbanidade no local de trabalho, devendo reprimir comportamentos inadequados, e que nem todas as pessoas são tolerantes a brincadeiras de mau gosto. Assentou ainda que a culpa ficou demonstrada pela omissão da Reclamada em coibir tal conduta. 3. Sustenta a Reclamada que as provas produzidas não foram corretamente apreciadas, de forma que se pudesse atribuir-lhe alguma culpa, e que o Reclamante não se desincumbiu do ônus de demonstrar o suposto dano sofrido. Alega que foi correto o entendimento vertido na sentença, que concluiu não haver responsabilidade da Reclamada pelos fatos narrados, porquanto se tratava de uma brincadeira entre amigos para descontrair, a qual todos aceitavam e da qual participavam, inclusive o Recorrido. 4. Diante da situação delineada nos autos, tendo o Regional consignado que as palavras ofensivas e as de baixo calão que eram dirigidas ao Reclamante configuravam dano moral por submetê-lo a constrangimento e que estavam presentes a culpa e o nexo causal entre a conduta e o dano, conferiu entendimento razoável às normas legais pertinentes, o que atrai o óbice da Súmula 221, II, do TST. Por esse mesmo motivo, não aproveita à Recorrente a tese de violação dos arts. 186 e 927 do CC e 131 do CPC. 5. Por fim, deve ser ressalvado o direito de regresso da Reclamada para cobrar a indenização por danos morais em que foi condenada, frente aos

> ofensores imediatos, nos termos do art. 934 do CC. Agravo de instrumento desprovido. (Processo: AIRR - 284440-23.2003.5.15.0122 Data de Julgamento: 11/06/2008, Relator Ministro: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma, Data de Publicação: DJ 13/06/2008.) "grifei".

Interessante notar que nos depoimentos testemunhais de fls. 90 – 91 e 92 - 93, consta clara declaração acerca do acontecimento de uma reunião para tratar do inconveniente contexto que se desenvolveu no interior do hospital, pelo que, em consequência, corrobora-se a configuração de situação ensejadora de danos morais; não por ser a reunião uma forma de discriminação, mas sim, por refletir a realidade fática de discriminação que estava ocorrendo nas dependências da instituição de saúde.

Ainda em análise do depoimento de fls. 92 – 93, extrai-se que a reunião realizada culminou com o afastamento da recorrida da escala de trabalho, por deliberação da diretoria do hospital.

Ademais, o apelante demitiu, sem justa causa, a parte recorrida. É certo que não se deve olvidar da potestatividade de tal ato, contudo, vive-se em um Estado Democrático de Direito, consolidado por uma Constituição Federal, garantidora dos chamados Direitos Fundamentais, dentre os quais se faz salutar invocar o Fundamento máximo da Dignidade Humana, como princípio unificador da rede axiológica do Ordenamento Jurídico pátrio, desta feita, a demissão sem justa causa, quando comprovada a relação com tratamento discriminatório, configura injúria moral ao empregado, dando ensejo à compensação civil.

Ratificando o raciocínio desenvolvido, veja-se o atual entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO CIVIL E DIREITO DO TRABALHO. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA DE EMPREGADA DE AUTARQUIA, CONTRATADA PELO REGIME CELETISTA. COMPROVAÇÃO DE QUE O ATO FOI MOTIVADO PELO FATO DE TER, A EMPREGADA, CONTRAÍDO O VÍRUS DO HIV. HIPÓTESE EM QUE A EMPREGADA SE DESCOBRIU PORTADORA DO VÍRUS POR OCASIÃO DE EXAME DE ROTINA, FEITO EM FUNÇÃO DE SUA GRAVIDEZ. DEMISSÃO QUE A COLHEU COM FILHO PEQUENO, TAMBÉM PORTADOR DO VÍRUS. INDENIZAÇÃO FIXADA PELO TRIBUNAL *A QUO* EM DEZ VEZES O VALOR DA ÚLTIMA REMUNERAÇÃO. ELEVAÇÃO. - A descoberta, por qualquer ser humano, de sua condição de portador do vírus do HIV é extremamente dolorosa. A dor, porém, aumenta se tal descoberta se dá por ocasião de exames de rotina, feitos por força da gravidez da pessoa infectada, dada a perspectiva de que também o bebê que está por vir seja contaminado pela doença. - Demitir a empregada da autarquia pública, com fundamento implícito no fato de ela ser portadora do vírus é circunstância que provoca lesão a seu patrimônio moral. O fato de tal demissão ter ocorrido pouco após o nascimento de seu filho, também infectado, torna a situação particularmente cruel. A todas as aflições decorrentes da própria constatação de contágio, somam-se a indignação pela perda do emprego

> e, sobretudo, o desespero quanto ao futuro do seu filho, que com ela conta para crescer e combater a enfermidade que, sem culpa, contraiu. - Elevação da indenização. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 1049189/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 05/09/2008) "grifei".

Não se deve olvidar também que os fatos apresentados também são agressores do art. 5º, X da Carta Magna, posto que, indubitavelmente, a recorrida teve sua intimidade e imagem violadas pela exacerbada intromissão dos funcionários do hospital, em tal qualidade, em sua vida privada, o que é atestado com a direta influencia entre tal conduta e as reuniões ocorridas no hospital, assim como o seu afastamento e demissão do cargo.

Importa mencionar que, embora, posteriormente, tenha se comprovado a não contaminação da recorrida pelo vírus HIV, o ataque moral já havia sido configurado, em razão da discriminação já realizada em situação de mera suspeita anterior, que, inclusive, se perpetuou, desencadeando a demissão da parte.

Em face do já exposto, é notória a tipicidade dos danos morais, em razão de restar comprovado nos autos o acontecimento concreto de situação agressora da imagem e, em mais elevado grau, da Dignidade da vítima, bem como é destacável o nexo de causalidade entre o dano sofrido pela recorrida e a conduta do apelado, uma vez que a atuação dos funcionários do hospital, principalmente de sua diretoria, foi o impulso gerador do prejuízo imaterial em comento.

Destarte, verificados os elementos do dano e da relação de causalidade e aplicando o regime jurídico da Responsabilização Objetiva, insculpido no art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988, é imperioso o dever Estatal de indenizar, restando-se, tão somente, a verificação do quantum devido, o que deverá ser limitado a partir dos fatores que a seguir serão analisados.

Da determinação do *quantum* indenizatório.

A determinação do valor de ressarcimento a título de dano moral deverá ser suficiente para compensar o destrato psicológico sofrido, na proporção da extensão do dano, e desincentivar o seu causador para que a conduta não se repita; sopesando o parâmetro de valoração, deve-se manter também constante atenção ao Princípio da Proporcionalidade, de forma a evitar enriquecimento indevido por parte do beneficiado pela indenização, que, inclusive, é beneficiário da justiça gratuita.

Ressalta-se que a Justiça não poderá ser utilizada como forma de gerar acréscimo patrimonial descomensurado às partes querelantes, na verdade, o Poder Judiciário é responsável pela harmonização e equilíbrio das relações sociais, ao que se preza sempre por decisões capazes de consolidar, no caso concreto, os preceitos normativos estabelecidos.

Nesta oportunidade, é salutar invocar o atual entendimento jurisprudencial desta Corte e do STJ, que tem, reiteradamente, analisado os pleitos indenizatórios baseado nos valores já mencionados:

> Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. CIRURGIA CARDÍACA. IMPLANTAÇÃO DE "STENT". RECUSA DO PLANO DE SAÚDE EM EFETUAR O PAGAMENTO AO HOSPITAL. DESEMBOLSO PELO CONSUMIDOR. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CARACTERIZADO. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO. 1. No caso, apelação em ação de indenização por danos morais decorrentes de recusa de plano de saúde em efetuar o pagamento ao hospital por operação cardíaca no segurado. 2. Sentença que julgou improcedente a demanda por entender que, no presente caso, não existiria qualquer dano de ordem moral. 3. Contudo, é inegável que a recusa de cobertura a determinado procedimento médico indispensável para a sobrevivência do segurado excede a órbita do mero aborrecimento e configura lesão capaz de gerar dano moral, não podendo cair na vala comum de "simples inadimplemento de dever legal ou contratual". Precedente (AC 24751/2003, 2ª Câmara Cível). 4. **Assim, comprovado o ato ilícito, exsurge a obrigação de indenizar. Porém, a reparação por dano moral deve ser regida pelo princípio da proporcionalidade, atentando-se o julgador à capacidade econômica das partes, à extensão do dano e à intensidade da culpa. O valor fixado não deve ser tão expressivo, sob pena de representar enriquecimento sem causa, nem tão diminuto, a ponto de se tornar irrisório**. 5. Indenização por danos morais fixada em R$ 10.000,00 (dez mil reais). - Sentença reformada, para julgar procedente o pedido formulado na inicial. - Apelação conhecida e provida. - Unânime. (TJ-CE. Apelação 151258200580601121 Relator(a): MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 4ª Câmara Cível Data de registro: 18/01/2011.) grifei

> ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DECISÃO CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO - LIQUIDAÇÃO - EXTENSÃO DOS DANOS - PRETENSÃO DE REVISÃO DAS PROVAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE DA INDENIZAÇÃO. 1. Hipótese em que o cidadão (vítima) em 7.7.1984 foi arbitrariamente detido por oficiais da Marinha do Brasil em razão de simples colisão de seu veículo com outro conduzido por aspirante daquela Arma. Após colidir, a vítima sofreu agressão física e verbal e foi ilegalmente preso por seis dias em cela da Marinha. Ficou incomunicável e sem cuidados médicos, comprovadamente diante do acórdão transitado em julgado no processo de cognição plena. O fato resultou em danos físicos e morais, e causou-lhe a deterioração da saúde. Devido o desenvolvimento de isquemia e diabetes, teve, inclusive os dedos dos pés amputados. 2. Ato ilícito, nexo direto e imediato, bem como danos comprovados e ratificados na instância ordinária. Liquidação de sentença que reconheceu pormenorizada e fundamentadamente a extensão dos abalos psíquicos sofridos pela vítima. Valor arbitrado de forma fundamentada, incluindo-se juros de 0,5% ao mês a partir da sentença de liquidação, no

> montante de R$ 72.600,00 (setenta e dois mil e seiscentos reais), mais honorários advocatícios no montante de R$ 3.630,00 (três mil, seiscentos e trinta reais). 3 Em casos excepcionais, a jurisprudência do STJ tem entendido, diante da abstração das teses, ser possível a revisão do montante arbitrado a título de danos morais, quanto teratológica a fundamentação da decisão condenatória ou absolutamente desarrazoado o valor, desde que não implique revisão do acervo fático-probatório. 4. No caso dos autos, ao revés, a peculiaridade é justamente a dor, a tristeza e o sofrimento vividos pela vítima, não havendo razão para tachar a condenação de desarrazoada, também não se pode ir além para revolver, como pretende a União, o substrato fático dos autos, por óbvio óbice da Súmula 07/STJ. 5. **Razoável o quantum indenizatório devido a título de danos morais, que assegura a justa reparação do prejuízo sem proporcionar enriquecimento sem causa do autor, além de levar em conta a capacidade econômica do réu, devendo ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, calcada nos critérios da exemplaridade e da solidariedade. Recurso especial improvido**. (STJ. REsp 776.732/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/05/2007, DJ 21/05/2007, p. 558) grifei

Estudando os testemunhos obtidos nos autos, tem-se que os depoentes tomaram ciência da situação de suspeita de enfermidade da autora também por influência dela própria; seja de forma direta, por meio de conversa pessoal com a mesma; ou via indireta, em noticiário televisivo que transmitiu entrevista, na qual a apelada reclama dos acontecimentos narrados na exordial.

Assim, a difusão da informação acerca da possibilidade de a recorrida estar acometida da malfamada doença é oriunda de reflexo da própria conduta da parte apelada, que foi responsável pela transmissão primeira de tal fato, não podendo a Administração Pública ser responsabilizada com exclusividade pelos fatos narrados na exordial.

O dano moral resta evidente e exige, objetivamente, a responsabilização do Estado, no entanto, há de ser estabelecido, mediante um juízo de proporcionalidade e em atenção à parcela de culpa da própria autora da ação de indenização, que, por conduta própria, alargou a extensão do dano sofrido, na medida em que difundiu a informação, por ela considerada sigilosa; tudo nos moldes do art. 945 do Código Civil.

Ainda em cálculo da extensão do dano sofrido, em relação a acusação da parte recorrida de suposta obrigatoriedade de realização de exame, não se vislumbra suporte probatório que sustente tal tese, mormente em razão do depoimento testemunhal de fls. 92, no qual consta a informação de que a autora teria se submetido ao exame por vontade própria, bem como do testemunho de fls. 90-91, oportunidade na qual se comunicou que a apelada estaria abalada com a possibilidade de ser portadora do HIV e apreensiva com o resultado do teste realizado.

Raciocina-se, ainda, que a dúvida relativa à incidência de AIDS levaria o sujeito a realizar o teste, como forma de precisar a sua real condição de saúde e, se

for o caso, iniciar o devido tratamento. Assim, não há como estabelecer relação entre o mero fato de o exame ter sido realizado com a infundada acusação de coação, sendo esta inverificável nos autos.

Ressalta-se, novamente, que os danos comprovadamente sofridos pela apelada estão vinculados aos acontecimentos comprovados nos autos, assim, a liquidação da condenação deverá respeitar tais fronteiras fáticas.

Feitas as considerações acerca do volume de dano sofrido, insta sopesar tal critério com a Teoria do Desestímulo, pela qual a condenação em danos morais também possui o escopo de prevenir uma futura reiteração do evento ensejador do prejuízo moral, sem, contudo, redundar em enriquecimento sem causa do compensado, devendo o valor da indenização encontrar a justa medida, perante a rede axiológica do Ordenamento Jurídico Pátrio.

Em sendo assim, atentando-se para os parâmetros elencados, verifica-se que o Douto Juízo Singular, embora tenha acertado ao decidir pela configuração de dano moral indenizável, não diligenciou um equitativo balanceamento da quantia devida, merecendo, portanto, a parcial reforma do decisum vergastado, no sentido de redeterminar o valor indenizatório.

Em casos semelhantes, os Tribunais pátrios, a depender das peculiaridades fáticas, têm variado na determinação do montante a ser estabelecido em sede de compensação por dano moral, no entanto, o método de balizamento da indenização é constante e não deve fugir dos critérios já explicitados, veja-se:

> RECURSO DE REVISTA. DANO MORAL. **REBAIXAMENTO PROFISSIONAL. EMPREGADO PORTADOR DO VÍRUS HIV**. DANO MORAL CONFIGURADO. VALOR DA INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. A reparação ao dano moral deve pautar-se pelo critério da proporcionalidade, de modo a compensar o empregado pela lesão sofrida, bem como a punir o ofensor, desestimulando-o de práticas que venha a denegrir a dignidade do trabalhador. **Diante desse conceito, merece reparos a decisão do Regional que ao reduzir de R$78.000,00 para R$ 10.000,00, a indenização à título de danos morais, não observou os critérios contidos na norma, considerando a extensão do dano causado ao reclamante**. Conhecido e provido. (TST - RR - 41600-44.2006.5.07.0010 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 30/03/2011, 5ª Turma, Data de Publicação: 08/04/2011) "grifei".

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO INENIZATÓRIA. ERRO DE ANÁLISE NA DETECÇÃO DE PATOLOGIA GRAVÍSSIMA. HIV - AIDS. DANO MORAL COMPROVADO. 1. Constitui ilícito civil praticado por laboratório de análises clínicas, o diagnóstico equivocado de doença, tanto mais quando esta demonstra-se letal e incurável, causando isolamento social e profunda dor e angústia ao paciente, como é o caso da AIDS. 2. O dano moral, no

> caso, restou suficientemente comprovado à luz de exames realizados por outros dois laboratórios, discordantes do resultado diagnosticado pelo laboratório promovido. 3. Apelo conhecido e desprovido, mantendo-se o valor da indenização em R$ 30.000,00 (trinta mil reais). Juros a correr da citação. Correção monetária a partir da data em que foi definitivamente arbitrado o valor dos danos morais.(TJ/CE – Apelação Cível -68401508200080600011Relator(a): JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA Órgão julgador: 1ª Câmara Cível Data de registro: 08/05/2007) "grifei".

Dispositivo.

Conclui-se, portanto pela configuração de dano moral indenizável, no entanto, o valor da indenização merece ajuste, em acatamento à rede axiológica no Ordenamento Pátrio, mormente em razão do Princípio da Proporcionalidade e da Vedação ao Enriquecimento sem causa, bem como em atenção à extensão do dano causado.

Urge salientar que, apesar da mitigação do quantum indenizatório, não há espaço para a subsunção da hipótese de sucumbência recíproca, por força da Súmula nº 326 do Superior Tribunal de Justiça, assim enunciada: "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."

Por todo o exposto e por mais que nos autos constam, hei, por bem, conhecer, para dar PARCIAL PROVIMENTO ao reexame e apelo, reformando a sentença singular, no sentido de julgar procedente a ação de indenização por danos morais ajuizada, mitigando, contudo, o valor da compensação, ao que condeno a parte apelante ao pagamento de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), a título de ressarcimento pelos prejuízos morais causados à apelada. No azo, quanto aos ônus sucumbenciais, mantenho a sentença de primeiro grau, nos termos em que lançada, em atenção à Súmula 326 do STJ.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2011.

Apelação Cível nº 0669483-29.2000.8.06.0001
Apelante: Porto Seguro Cia de Seguros Gerais
Apelado: Luiz Antônio Filgueiras de Souza
Local de origem: 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
Ação de origem: Ordinária de Cobrança cumulada com Reparação de Danos Morais
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE SEGURO DE ACIDENTE PESSOAL. MICROTRAUMAS. HÉRNIA DE DISCO. NEGATIVA DE COBERTURA. ABUSIVIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. A seguradora pretende reformar sentença que a condenou a pagar o valor contratado em seguro de acidente pessoal, além de indenização por dano moral, afirmando que a incapacidade laborativa do segurado não decorreu de acidente pessoal, mas de doença denominada hérnia de disco, comum entre estivadores, profissão do segurado. 2. Inexiste controvérsia em torno da ocorrência do evento descrito na exordial e da incapacidade laborativa do apelado. 3. A relação existente entre as partes é de consumo, logo as previsões contratuais devem ser interpretadas de maneira mais favorável ao segurado (art. 47 do Código de Defesa do Consumidor). 4. A definição de acidente pessoal, tal como consta do contrato de seguro, não prevalece sobre o conceito previsto na legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91), pois, considerando a natureza do contrato, restringe direito e ameaça o equilíbrio contratual (art. 51, IV e § 1.º, II, do CDC). 5. A hérnia de disco é doença típica entre os estivadores, causada pelo acúmulo de pequenas lesões nas estruturas do disco intervertebral, em razão do frequente levantamento de peso. Esses microtraumas causados por esforços repetitivos na atividade laboral não podem ser afastados do conceito de acidente pessoal para fins de cobertura securitária. 6. A indevida recusa a pagamento de seguro regularmente contratado ultrapassa a barreira do mero aborrecimento, invadindo a esfera íntima do segurado, que, impossibilitado de exercer sua atividade laboral, vítima de acidente, teve agravado o contexto de aflição psicológica e de angústia por que passava, configurando, pois, a ocorrência do dano moral. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0669483-29.2000.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e IMPROVER o recurso de apelação, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de Apelação Cível interposta por Porto Seguro Cia de Seguros Gerais contra sentença proferida pelo juízo da 18ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação ordinária, movida por Luiz Antônio Filgueiras de Souza.

Na exordial, o autor pleiteia o pagamento de valor contratado junto à seguradora ré para cobrir acidente pessoal, bem como indenização por danos morais decorrentes da negativa de cumprimento do contrato.

Por sentença exarada às fls. 145/151, o magistrado de 1º grau julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a promovida a pagar o valor previsto no contrato de seguro para cobertura de acidente pessoal, além da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de reparação por dano moral.

Irresignada, a seguradora ajuizou recurso de apelação, em cujas razões de fls. 154/173 defende a reforma da sentença, alegando, em suma, que a invalidez do apelado não foi provocada por acidente, mas por doença denominada hérnia de disco, típica entre os estivadores, profissão do apelado, que, em face do levantamento frequente de peso, vão causando lesões nas estruturas do disco intervertebral.

Afirma que o pagamento da indenização do seguro é restrita aos riscos limitados no contrato, que, no presente caso, prevê cobertura para o caso de invalidez ocasionada por acidente, ali definido como "um evento externo, súbito, involuntário e violento capaz de causar lesão física independentemente de toda e qualquer outra causa", circunstância não configurada no caso, em que a invalidez decorreu de doença.

Sustenta que a condenação em danos morais é incabível, pois a negativa de cobertura securitária decorreu do exercício regular de direito da seguradora, diante da inexistência de previsão contratual para a causa da invalidez do recorrido.

O apelado não apresentou contrarrazões, consoante certificado à fl. 178 verso.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos.

A documentação acostada nos autos demonstra que o apelado, no exercício da profissão de estivador, ao saltar de um contêiner para o convés de um navio, sentiu fortes dores na coluna, que, após, foi diagnosticado como portador de hérnia discal, doença que, pelo menos até a propositura da ação, o estava impossibilitando de retornar à atividade laborativa. Tais fatos não restaram impugnados pela seguradora apelante.

Inexistindo, pois, controvérsia quanto à ocorrência do evento descrito na exordial e da incapacidade laborativa do apelado, a solução da questão gira em torno da análise do contrato de seguro acostado aos autos, a fim de aferir a extensão da cobertura contratada.

De logo, cumpre mencionar que, em razão da relação existente entre as partes ser de consumo, as normas do Código de Defesa do Consumidor incidem no

contrato em questão, de forma que as previsões contratuais devem, necessariamente, ser interpretadas de maneira mais favorável ao segurado (inteligência do art. 47 do CDC), sob pena de se dar efetividade a cláusulas consideradas manifestamente abusivas.

A análise do enquadramento da hérnia de disco nas hipóteses de acidente de trabalho, espécie do gênero acidente pessoal, perpassa pela legislação previdenciária (Lei nº 8.213/91).

> Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.
> (...)
> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

A definição de acidente pessoal, tal como consta do contrato de seguro ("um evento externo, súbito, involuntário e violento capaz de causar lesão física independentemente de toda e qualquer outra causa"), não prevalece sobre o conceito legal acima destacado, uma vez que as cláusulas que restringem direitos e obrigações fundamentais, além de ameaçar o equilíbrio do contrato, estão em confronto com norma expressa do Código de Defesa do Consumidor (art. 51, IV e § 1.º, II).

Vários Tribunais pátrios têm adotado este entendimento no julgamento de casos semelhantes:

> APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. INDENIZAÇÃO. SEGURO DE ACIDENTES PESSOAIS COLETIVO. HÉRNIA DE DISCO. INVALIDEZ PERMANENTE. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. A doença profissional que impossibilita o trabalhador exercer sua atividade é condição suficiente para a aquisição do segurado ao direito de receber a indenização securitária por invalidez permanente por acidente. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.
> (TJPR - 10ª C. Cível - AC 730622-9 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Nilson Mizuta - Unânime - J. 24.05.2011).
>
> EMENTA: SEGURO - HÉRNIA TRAUMÁTICA - INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE COMPROVADA - EXCLUSÃO DE RISCO - CLÁUSULA ABUSIVA - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.
> Por definição legal, o mal, que tornou o apelante inválido, é considerado

> acidente do trabalho e, por conseqüência, antes de ser acidente do trabalho é também acidente pessoal, porque recai sobre a própria pessoa que, em determinado momento, estava exercendo atividade laborativa. Sendo assim, o contrato de seguro que prevê o pagamento de indenização a título de invalidez causada por acidentes pessoais não pode eximir a companhia seguradora do cumprimento da obrigação contraída, sob a alegação de se tratar de risco excluído. (Apelação Cível nº 401.373-0, TJMG, 4ª Câmara Civil, Relator: Des. ALVIMAR DE ÁVILA, julgado em 03/09/2003).

No mesmo sentido: Acórdão nº 329944, 20040110446266APC, TJDFT, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 6ª Turma Cível, julgado em 05/11/2008, DJ 12/11/2008 p. 150; Apelação 825857004, TJSP, 30ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. Marcos Ramos, registro em 30/05/2008.

Como a própria seguradora apelante reconhece, a hérnia de disco é doença típica entre os estivadores, causada pelo acúmulo de pequenas lesões nas estruturas do disco intervertebral, em razão do frequente levantamento de peso. Esses microtraumas causados por esforços repetitivos na atividade laboral não podem ser afastados do conceito de acidente pessoal para fins de cobertura securitária.

Sobre o tema, assim tem-se manifestado esta Corte e o Superior Tribunal de Justiça:

> SEGURO DE VIDA EM GRUPO E ACIDENTES PESSOAIS. MICROTRAUMAS. LESÕES POR ESFORÇOS REPETITIVOS E HÉRNIA DISTAL. INCAPACITAÇÃO PARCIAL E PERMANENTE DE 50%.
> – Os microtraumas sofridos pelo operário, quando exposto a esforços repetitivos no ambiente de trabalho, incluem-se no conceito de acidente pessoal definido no contrato de seguro. Precedentes.
> Recurso especial conhecido e provido.
> (REsp 324.197/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 23/11/2004, DJ 14/03/2005, p. 340).

> EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO DE SEGURO. ACIDENTE PESSOAL. MICROTRAUMAS. TENOSSINOVITE. Incumbe à seguradora pagar indenização das apólices ajustadas, tendo em vista que os microtraumas causados por esforço repetitivo no exercício da profissão, acarretadores da incapacidade total laborativa do segurado, incluem-se no conceito de acidente pessoal, estipulado no contrato. - Recurso conhecido e improvido. (Apelação cível 12175112005806000011, TJCE, 1ª câmara Cível, Relator: Des. ERNANI BARREIRA PORTO, registro em 21/05/2008).

Com relação ao pedido indenizatório, conquanto geralmente o mero inadimplemento contratual não enseje a ocorrência de danos morais, a situação revelada nos autos justifica a condenação a esse título.

A indevida recusa a pagamento de seguro regularmente contratado

ultrapassa a barreira do mero aborrecimento, invadindo a esfera íntima do segurado, que, impossibilitado de exercer sua atividade laboral, vítima de acidente, teve agravado o contexto de aflição psicológica e de angústia por que passava.

Assim tem decidido o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. ILEGALIDADE DA EXCLUSÃO DE MATERIAIS IMPRESCINDÍVEIS PARA A REALIZAÇÃO DE CIRURGIA. DANO MORAL CONFIGURADO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
> 1 - Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada. ("Omissis"). 3.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 1254952/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/09/2011, DJe 03/10/2011).

Portanto, considerando todo o exposto, conheço do recurso, para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 28 de Março de 2012.

Apelação Cível nº 007021-76.2000.8.06.0101
Apelante: Raimundo Nonato Mesquita e Maria Zilar Bastos Mesquita
Apelado: Banco do Nordeste do Brasil S/A
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CITAÇÃO DO EXECUTADO E PENHORA DE BEM IMÓVEL. ALIENAÇÕES POSTERIORES. CERTIDÃO DO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMÓVEIS CERTIFICANDO A IMPOSSIBILIDADE DE REGISTRAR O ATO DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL EM FACE DA ANTERIOR TRANSCRIÇÃO DE TÍTULO AQUISITIVO. AUSÊNCIA DE PROVA QUANTO À BOA-FÉ DO ADQUIRENTE SEJA PELO REGISTRO DA PENHORA NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS, SEJA POR CERTIDÃO DE INEXISTÊNCIA DE FEITOS CÍVEIS AJUIZADOS EXPEDIDA PELO DISTRIBUIDOR DA COMARCA. CONJUGAÇÃO DAS HIPÓTESES CONTIDAS NOS INCISOS 1 E 2 DO ART. 593 DA LEI DE RITOS. INEFICÁCIA DAS ALIENAÇÕES PERANTE A EXECUÇÃO. ATOS ATENTATÓRIOS À FUNÇÃO JURISDICIONAL. DISPENSA DA PROVA DO *CONSILIUM FRAUDIS*. AOS ADQUIRENTES/APELANTES RESTA RESGUARDAREM-SE DOS RISCOS DA EVICÇÃO (ARTS. 1.107 E 1.108 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916). CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTES OS EMBARGOS DE TERCEIROS OPOSTOS PELOS RESCORRENTES. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, MAS DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 007021-76.2000.8.06.0101, 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 do recurso em referência e, no mérito, prover-lhe parcialmente apenas para reduzir o valor da condenação, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 25 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Raimundo Nonato Mesquita e

Maria Zilar Bastos Mesquita objetivando a reforma da sentença proferida pelo juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca (fls. 121/125) que julgou improcedentes os embargos de terceiros opostos pelos ora recorrentes em face do Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Os apelantes interpuseram embargos de terceiros (fls.02/08) alegando que no dia 08 de agosto de 1998 adquiriram o imóvel denominado Santana de João Carneiro de Andrade, através de escritura pública de compra e venda, registrando o instrumento translativo de propriedade no cartório de registro de imóveis sob o nº R. 3/2612 em 19.05.1997. Sustentam que o bem foi alienado a João Carneiro de Andrade por Joaquim Edvar Coelho Moura.

Alegam, ainda, que quando da adquisição do imóvel não havia qualquer restrição no competente Cartório de Imóveis e que a compra foi, assim, realizada de boa fé, encontrando-se o terreno "transcrito, matriculado e registrado no cartório de Imóveis de Itapipoca em nome dos embargantes", motivo pelo qual a ação de execução proposta pelo BNB, firmada em contrato particular de composição e confissão de dívida (fls. 06/10- processo apenso), em desfavor de Manoel Sandoval Moura-ME, Joaquim Edvar Coelho Moura, Eudásio José Bastos Moura e sua mulher Lúcia de Fátima Cruz, não é capaz de elidir a propriedade do imóvel em litígio pelos embargantes/apelantes.

Narram que no processo de execução (autos de nº 2000.0162.3290-0 - apenso), foi realizada a penhora (fls. 23) do imóvel Santana que, nos termos da certidão de fl. 20, pertence a Joaquim Edvar Coelho Moura e, posteriormente, foi adquirido por João Carneiro de Andrade.

O Banco exequente apresentou contestação aos embargos (fls.25/39) sustentando, preliminarmente, à denunciação à lide do vendedor João Carneiro e do Cartório do 2º Ofício da Comarca de Itapipoca. No mérito, argui: 1) a irrelevância da boa-fé dos embargantes e do registro de penhora; 2) a evicção e a inexistência de prejuízo aos embargantes; 3) a fraude à execução perpetrada por João Carneiro de Andrade. Requer, ao final, a condenação deste último por ato atentatório à dignidade da justiça e a improcedência dos embargos, condenando os embargantes nos ônus sucumbenciais.

Deferida a denunciação à lide foram citados os denunciados Maria Dayse Aguiar Moura (60/64) e João Carneiro de Andrade (69/75) que, citados, apresentaram contestações (fls. 60/64 e 69/75).

Audiência preliminar sem conciliação (fl. 99), procedendo-se à oitiva de testemunhas (fls. 100/101).

Em seguida, o Juiz monocrático proferiu sentença (fls. 121/125), julgando improcedentes os embargos de terceiros, sustentando a necessidade de segurança do credor e o repúdio às ações de má-fé. Foram arbitrados honorários advocatícios em favor do advogado do embargado no valor de 10% sobre o valor da causa.

Irresignados, os promoventes interpuseram recurso apelatório (fls. 130/135). Sustentam, preliminarmente, a nulidade da citação dos devedores, e no mérito, a impossibilidade dos embargantes de terem conhecimento sobre a penhora do bem, já

que moram em Fortaleza, como também inexiste registro de penhora na matrícula do imóvel.

Contrarrazões acostadas às fls.146/150. Alega a existência de fraude à execução e que a penhora do imóvel ocorreu antes da alienação do bem.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

Restou pacificado que o imóvel objeto de penhora foi alienado em favor de terceiro e este o vendeu para os embargantes/recorrentes, sem que tivesse sido registrada, como previa a redação do § 4º do art. 659 do CPC proveniente da Lei nº 8.953/1994 e vigente na época da prática do ato processual (10/04/1997 - fls. 86/87):

> Art. 659. Se o devedor não pagar, nem fizer nomeação válida, o oficial de justiça penhorar-lhe-á tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal, juros, custas e honorários advocatícios.
>
> § 4º. A penhora de bens imóveis realizar-se-á mediante auto de penhora, e inscrição no respectivo registro.

Com a edição da Lei nº 10.444/2002, já revogada pela Lei nº 11.382/2006, passou-se a exigir que o exequente primeiro registrasse e depois averbasse a penhora no registro do ofício imobiliário para fins de presunção absoluta de conhecimento por terceiros da constrição à propriedade do executado.

Na hipótese em julgamento a penhora do imóvel litigado não chegou a ser registrada no cartório de imóveis do 2º Ofício da Comarca de Itapipoca, conforme demonstra o expediente de fl. 31, acostado aos autos de execução porque a ordem judicial de registro, datado de 14/08/1997 (fl. 29 da execução) é posterior à apresentação do título translativo de propriedade, confeccionado em 19/05/1997.

A fraude à execução, nos moldes delineados pelo art. 593 e seus incs. I a III, da Lei de Ritos, se verifica quando:

> Art. 593. Considera-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens:
>
> I - quando sobre eles pender ação fundada em direito real;
>
> II - quando, ao tempo da alienação ou oneração, corria contra o devedor demanda capaz de reduzi-lo à insolvência;
>
> III - nos demais casos expressos em lei.

Por sua vez, a Súmula nº 375 do STJ assim pontua:

> O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. (CORTE ESPECIAL, DJe 30/03/2009)

Como dito antes, o registro do bem alienado não foi efetivado a tempo.

O imóvel em questão, já com o termo de penhora assinado pelo devedor, foi alienado, em primeiro lugar, por João Carneiro de Andrade, que, por sua vez, o alienou em favor de Raimundo Nonato Mesquita e Maria Zilar Bastos Mesquita, ora embargantes/apelantes.

Verifica-se a prática, contra a execução, de uma cadeia de alienações do imóvel penhorado, com o objetivo de diluir a configuração da fraude à execução, figura processual que prescinde da comprovação do *consilium fraudis*.

Na fraude à execução o negócio jurídico efetuado entre o devedor e o adquirente é considerado válido, todavia, ineficaz com relação à execução e ao credor/exequente.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery pontuam que:

> 7. Reconhecimento da fraude. Natureza da presunção. A presunção da fraude que pesa sobre o ato de oneração ou alienação de bens na pendência de ação fundada em direito real ou capaz de levar o devedor à insolvência (CPC 593 I e II) é relativa, isto é, respeita apenas às partes do litígio. Caso a citação tenha sido registrada no registro imobiliário (LRP 167 I 21), a presunção de fraude será absoluta. Neste sentido: Araken. Coment. CPC, VI, n. 100.1, p. 234. O ônus de provar a existência de fraude à execução é de quem a alega, isto é, do credor. No entanto, se o devedor se tornou insolvente por causa do ato tido como fraudatório e não apresenta outros bens livres para a garantia da obrigação; se o adquirente não apresenta certidões negativas de distribuições cíveis e criminais, demonstrando haver-se acautelado para a celebração do negócio, a prova da fraude de execução fica praticamente demonstrada.
>
> 15. Alienação de bem penhorado. É forma grave de fraude à execução, que se caracteriza independentemente de o devedor estar ou não insolvente: o terceiro adquirente não pode opor sua posse ou propriedade ao credor e ao juízo da penhora, que continua hígida, dada a indisponibilidade do bem causada pela penhora. A alienação é ineficaz relativamente à execução. No mesmo sentido: Dinamarco. Exec., n. 179, p. 292/293; RT 617/118. A doação de bem penhorado é forma de alienação e pode se constituir em fraude à execução. Basta o ajuizamento da ação (de conhecimento ou de execução), para que se considere em fraude à execução a alienação do bem feita pelo devedor, mormente quando já efetivada a citação. Dá-se a transferência da propriedade com o registro da escritura de doação (e não com a sua simples lavratura). Se constatada que a transmissão da propriedade do bem penhorado ocorreu após a citação dos doadores executados, impõe-

> se o reconhecimento da fraude à execução. É correta a ordem judicial de excussão do imóvel dos devedores, ainda que alienado como o foi, por se reconhecer a existência de fraude à execução pelo negócio realizado (CPC 593 II). A alienação não pode, em virtude dessa circunstância, ser considerada óbice à pretensão executória dos credores (RT 551/122). (in: Código de Processo Civil e Legislação Extravagante – 11ª edição – São Paulo, SP: RT, págs. 1042 e 1043)

Na lição de Antônio Cláudio da Costa Machado (in: Código de Processo Civil Interpretado – 3ª ed. – Barueri, SP: Manole, págs. 1178/1180, 1181)

> Fraude de execução (ou à execução) é todo e qualquer ato praticado pelo devedor (simulado ou não), com ou sem intenção enganosa, que produza como efeito a subtração de bens particularizados que devam ser entregues ao credor ou a subtração não particularizada que gere a sua insolvência. A fraude à execução não se confunde com a fraude contra credores (CC, arts. 158 a 165) por alguns motivos: a fraude à execução é ato atentatório à função jurisdicional (a contra credores é ato anulável); é ato que se declara incidentalmente no processo de execução ou na fase de execução (a contra credores só pode ser declarada por ação própria de conhecimento – ação pauliana); é ato cujo reconhecimento prescinde da constatação da intenção de fraudar (a contra credores depende da verificação da intenção fraudulenta – *consilium fraudis*), mas que depende de seu adquirente ter tido condições de perceber que a alienação ou oneração representava subtração de bens aos efeitos do processo.
>
> Só há fraude à execução, com base neste incido I, se ao tempo da alienação ou oneração de bens (móveis ou imóveis, pouco importa) já havia litispendência, vale dizer, pendência da causa na qual o autor pedia o reconhecimento de direito real (v.g., em ação reivindicatória, reserva de domínio). A litispendência, de acordo com o sistema processual, é efeito da citação válida (art. 219), de sorte que, pra o fim de caracterização da fraude, é necessário que na data da alienação ou oneração o réu já tenha sido citado. É interessante observar que a declaração judicial da fraude à execução só tem lugar quando for instaurado o processo executivo (ou instaurada a fase de execução) e não no curso do processo de conhecimento.
>
> (…) Para que a fraude aqui prevista ocorra é necessário que tenha sido instaurado um processo de execução ou de conhecimento (normalmente de caráter condenatório) acompanhado da ciência do adquirente cuja potencialidade seja gerar a insolvência do réu, que só poderá ser concretamente aferida a *posteriori* no curso da execução, mais precisamente no instante da penhora. Se nesse momento o executado possui bens que respondam pela dívida, ainda que antes não existissem, não há que se cogitar de fraude; se não possuir, será preciso verificar em que momento ou que alienação tornou o executado insolvente. Se não houver prévia ação de conhecimento, por outro lado, a constatação do estado de insolvência é quase que imediata

Em transcrição de precedente jurisprudencial, o referido doutrinador, na mesma obra, expõe que:

> 22. Fraude à execução não configurada: Processual civil. Fraude à execução. Art. 593, II, do CPC. Inocorrência. Para que se tenha por fraude à execução a alienação de bens, de que trata o inciso II do art. 593 do CPC, é necessária a presença concomitante dos seguintes elementos: a) que a ação tenha sido aforada; b) que o adquirente saiba da existência (presunção *juris et de jure* contra o adquirente), ou porque o exequente, por outros meios, provou que do aforamento da ação o adquirente tinha ciência; c) que a alienação ou oneração dos bens seja capaz de reduzir o devedor à insolvência, militando em favor do exequente a presunção juris tantum. Inocorrente, na hipótese, pelo menos o segundo elemento supra-indicado, não se configurou a fraude à execução. Entendimento contrário geraria intranquilidade nos atos negociais, conspiraria contra o comércio jurídico e atingiria a confiabilidade dos registros públicos. Recurso conhecido e provido. (AASP 2.295/645)

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a existência de fraude à execução quando existente demanda capaz de levar o devedor à insolvência, comprovando-se a sua citação válida (litispendência) e que o adquirente sabia ou deveria ter ciência da constrição judicial.

É o que se verifica dos precedentes a seguir transcritos:

> FRAUDE DE EXECUÇÃO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ARREMATAÇÃO. ESCRITURA DE ALIENAÇÃO LAVRADA APÓS A DISTRIBUIÇÃO DO FEITO MAS ANTES DA CITAÇÃO. PENHORA NÃO REGISTRADA. IMÓVEL ADQUIRIDO SUCESSIVAMENTE POR TERCEIRA PESSOA, AUTORA DA DEMANDA ANULATORIA.
> Para que se considere a alienação em fraude à execução, não basta o ajuizamento da ação, sendo necessária a citação válida do executado em ação capaz de reduzí-lo à insolvência.
> A penhora de bem imóvel, antes de registrada (Lei 6.015/73, arts. 167, I, n. 5, 169 e 240), vale e é eficaz perante o executado, mas só é eficaz perante terceiros provando-se que estes conheciam ou deviam conhecer a constrição judicial.
> Ainda que admitida como não eficaz a alienação de bem penhorado, mesmo se omitido o registro da penhora, ainda assim tal ineficácia não poderia ser oposta ao terceiro que haja adquirido o imóvel de quem o comprou do executado. Necessidade de tutela a boa-fé, que em tal caso presume-se com maior evidência.
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp 9789/SP, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, DJ 03/08/1992, p. 11321)

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CITAÇÃO VÁLIDA. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. CARACTERIZAÇÃO. OFENSA AO INCISO II DO ARTIGO 593 DO CPC. OCORRÊNCIA. INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO. PENHORA. DETERMINAÇÃO.

MULTA DO ARTIGO 601 DO CPC. APLICAÇÃO.
1. Configura fraude à execução o ato de alienação ou oneração de bens do devedor quando o bem for litigioso ou quando, ao tempo da alienação, correr, contra o devedor, demanda capaz de reduzi-lo à insolvência (art. 593, I e II, CPC).
2. O STJ possui entendimento de que a fraude à execução dispensa a prova da existência do consilium fraudis, sendo, portanto, suficiente o ajuizamento da demanda e a citação válida do devedor em data anterior à alienação do bem. Precedente.
3. No âmbito desta egrégia Quinta Turma, prevalece a compreensão de que configura fraude à execução a disposição patrimonial após a citação válida em demanda em curso contra o devedor.
4. Esta Corte, em recente julgado, decidiu que o inciso II do artigo 593 do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exequente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução (REsp 655.000/SP).
5. Comprovado que o executado, após ser citado para pagar ou nomear bens à penhora, deixou de fazê-lo e, ao revés, alienou o imóvel 49 dias depois da citação válida, evidenciada está a afronta ao artigo 593, II, da Lei Adjetiva Civil.
6. Recurso especial provido. (REsp 1070503/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 14/09/2009)

Processo civil. Recurso especial. Julgamento do mérito recursal. Reconhecimento implícito da legitimidade para recorrer. Fraude à execução. Art. 593, inciso II, do CPC. Presunção relativa de fraude. Ônus da prova da inocorrência da fraude de execução. Lei n.° 7.433/1985. Lavratura de escritura pública relativa a imóvel. Certidões em nome do proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais. Apresentação e menção obrigatórias pelo tabelião. Cautelas para a segurança jurídica da aquisição do imóvel.
- Se no julgamento do recurso, o Tribunal adentra no mérito recursal, inequivocamente conhece do recurso. Como a legitimidade para recorrer é um dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade dos recursos, ao tratar do mérito recursal, o Tribunal reconhece implicitamente a legitimidade para recorrer.
- O inciso II, do art. 593, do CPC, estabelece uma presunção relativa da fraude, que beneficia o autor ou exeqüente, razão pela qual é da parte contrária o ônus da prova da inocorrência dos pressupostos da fraude de execução.
- A partir da vigência da Lei n.° 7.433/1985, para a lavratura de escritura pública relativa a imóvel, o tabelião obrigatoriamente consigna, no ato notarial, a apresentação das certidões relativas ao proprietário do imóvel emitidas pelos cartórios distribuidores judiciais, que ficam, ainda, arquivadas junto ao respectivo Cartório, no original ou em cópias autenticadas.
- Cabe ao comprador do imóvel provar que desconhece a existência da ação em nome do proprietário do imóvel, não apenas porque o art. 1.º, da Lei n.º 7.433/85 exige a apresentação das certidões dos feitos ajuizados em nome do vendedor para lavratura da escritura pública de alienação de imóveis,

> mas, sobretudo, porque só se pode considerar, objetivamente, de boa-fé, o comprador que toma mínimas cautelas para a segurança jurídica da sua aquisição.
> - Tem o terceiro adquirente o ônus de provar que, com a alienação do imóvel, não ficou o devedor reduzido à insolvência, ou demonstrar qualquer outra causa passível de ilidir a presunção de fraude disposta no art. 593, II, do CPC, inclusive a impossibilidade de ter conhecimento da existência da demanda, apesar de constar da escritura de transferência de propriedade do imóvel a indicação da apresentação dos documentos comprobatórios dos feitos ajuizados em nome do proprietário do imóvel.
> Recurso especial não provido. (REsp 655000/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJ 27/02/2008, p. 189)

> PROCESSO CIVIL. FRAUDE À EXECUÇÃO. ART. 593 DO CPC. REQUISITOS. ALIENAÇÃO POSTERIOR À CITAÇÃO VÁLIDA DO DEVEDOR. OCORRÊNCIA.
> O entendimento desta Corte é no sentido de que ocorrida a citação válida do devedor, posterior alienação ou oneração do bem por este consubstancia-se em fraude à execução.
> Recurso desprovido. (REsp 719969/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJ 26/09/2005, p. 450)

A boa-fé do adquirente resta demonstrada quando: I) inexiste no cartório de imóveis o registro ou a averbação da penhora do bem; II) o adquirente junta aos autos certidões de distribuição cível e de protestos no domicílio do alienante e no local do imóvel.

A obrigação contida no item II é prevista na Lei nº 7.433/1985, que trata sobre os requisitos para a lavratura de escrituras públicas, cujo art. 1º dispõe:

> Art 1º - Na lavratura de atos notariais, inclusive os relativos a imóveis, além dos documentos de identificação das partes, somente serão apresentados os documentos expressamente determinados nesta Lei.
>
> *§ 1º - O disposto nesta Lei se estende, onde couber, ao instrumento particular a que se refere o art. 61, da Lei nº 4.380, de 21 de agosto de 1964, modificada pela* Lei nº 5.049, de 29 de Junho de 1966.
>
> § 2º - O Tabelião consignará no ato notarial, a apresentação do documento comprobatório do pagamento do Imposto de Transmissão inter vivos, as certidões fiscais, feitos ajuizados, e ônus reais, ficando dispensada sua transcrição.

Como se viu, a boa-fé do adquirente e daqueles que dele adquiriram posteriormente o imóvel prova-se quer pelo registro da penhora no cartório de imóveis, mas também pela certidão negativa de distribuição de feitos cíveis, e que no caso em destaque não ocorreu, haja vista que ambas as alienações ocorreram após a penhora

judicial do imóvel denominado Santana.

Isto posto, conheço da apelação cível, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 25 de abril de 2012.

Nº PROCESSO: 0007719-68.2008.8.06.0112
TIPO: APELAÇÃO – CÍVEL
ORIGEM: 4ª VARA DA COMARCA DE JUAZEIRO DO NORTE
APELANTES: RAIMUNDO PEREIRA ALENCAR E BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A
APELADOS: RAIMUNDO PEREIRA ALENCAR E BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A
ÓRGÃO JULGADOR: 4ª CÂMARA CÍVEL
RELATORA: DESEMBARGADORA VERA LÚCIA CORREIA LIMA

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS. INSTRUMENTO DE COMPOSIÇÃO E CONFISSÃO DE DÍVIDA. CÉDULA RURAL. REVISÃO DE TODA VINCULAÇÃO. RELAÇÃO NEGOCIAL CONTINUADA. POSSIBILIDADE.

-Tratam-se de recursos apelatórios aviados em face de sentença que, na ambiência de ação de cobrança proposta por instituição financeira, em causa cujo móvel verte-se "ao pagamento de encargos (juros vencidos), incidentes sobre obrigação materializada em Escritura Pública de Composição e Confissão de Dívidas com Hipoteca" (pg. 102), julgara parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando "o promovido a pagar ao Banco autor os juros vencidos e os que se vencerem por todo o período da dívida (CPC – art. 290), estabelecendo que tais encargos serão exigíveis e calculados, na situação de inadimplência, na forma do parágrafo único do art. 5º do DL 167/67." (pg. 108)

-Em seu apelo, o promovido alega, principalmente, a incidência de juros extorsivos na espécie, pedindo, ao final, a revisão do crédito cobrado.

-Já o banco apelante, sustenta, em síntese, que a decisão é extra petita, uma vez que o digno Julgador conhecera de ofício da abusividade de cláusulas contratuais, mormente a exclusão da comissão de permanência e a aplicação do índice de 1% (um por cento) ao ano relativo aos juros de mora, requerendo a nulidade da sentença nesse ponto e que o saldo devedor seja apurado conforme as disposições do termo de confissão de dívida e não pelas regras do DL 167/67 (cédula de crédito).

-Em seu pronunciamento, o douto Magistrado *a quo*, esclarecendo tratar-se de uma operação originária de crédito rural, firmada por Cédula Rural Hipotecária e que foi objeto de securitização, assentara que a composição não afastou da operação sua natureza de financiamento rural e que assim deve ser divisada.

-Com efeito, está com a razão o nobre Julgador.

-Em que pese o banco apelante ater-se somente ao pacto em vigor – Instrumento de Composição e Confissão de Dívidas (pgs. 13/17), para

fazer prevalecer o princípio da boa-fé objetiva as consequências dele advindas não podem subsistir.

-Em tese, a composição, de fato, acarreta a desvinculação da dívida anterior. Neste caso, contudo, o contrato de confissão de dívida é oriundo de uma Cédula Rural Hipotecária, lastreada com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

-Nesse sentido, não parece razoável aceitar que o credor, oferecendo condições para a renegociação que prejudica o devedor, porque eleva os juros e acrescenta outras cláusulas, tenha a manutenção do contrato atual, posto que este último foi feito muito mais no seu interesse do que do aceitante.

-Logo, entende-se, com base na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ser possível, na escritura pública de confissão de dívida, uma vez demonstrada a sua ligação com a cédula de crédito, a revisão, ainda que de ofício, de toda vinculação, pela existência de relação negocial continuada. Note-se: "Como já acolhido em precedente da Corte, se a escritura de confissão de dívida, renegociando débito decorrente de cédula de crédito rural, estabelece os mesmos encargos da dívida original, não há fundamento para afastá-los, certo que não houve a desvinculação do título originário." (RESP 222230/RS; Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 01.08.2000, P.00266).

-Logo, a denominada "confissão de dívida" não pode comparecer divorciada do título original, sendo lícito ao Poder Judiciário examinar os critérios utilizados para a formação do dito valor remanescente.

-Não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão dos contratos, mormente quando a dívida, que é na última avença reconhecida, resulta da aplicação de um encadeamento negocial que não pode ser visto isoladamente. (ref. AgRg nos EDcl no Ag 564.084/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ 18/04/2005, p. 308)

-Deveras, na hipótese, afronta visível é o descumprimento flagrante pelo banco autor do texto expresso do Decreto-Lei 167/67, pela cobrança da comissão de permanência na situação de inadimplemento. Realmente, a cláusula do instrumento que prevê a cobrança ao exclusivo alvedrio da instituição, não somente encerra condição potestativa, estabelecendo uma opção de vantagem ao banco sem previsão de idêntico direito ao mutuário, mas também atropela limitação imposta no art. 5º, parágrafo único do DL 167/67: "Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano."

-Do STJ: "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido

de que a incidência da comissão de permanência não deve ser aplicada às cédulas de crédito rural, tendo em vista possuir regramento próprio." (REsp 1277626/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

-Isto posto, preserva-se a determinação a quo no sentido de que o saldo devedor seja recalculado aplicando-se, na situação de inadimplência, acréscimo de 1% (um por cento) ao ano em relação aos encargos cobrados na situação de normalidade, inadmitindo-se, para tanto, a comissão de permanência.

-No mais, quanto à alegação da exorbitância dos juros remuneratórios enquanto encargo financeiro sobre o montante da dívida, estes devidos à taxa efetiva de 8,0% (oito por cento) ao ano – pg. 14 – Cláusula Terceira, esta não prospera. Conquanto na regência da Lei n.º 4.595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional, não estejam os juros bancários limitados a 12% a.a, as notas de crédito rural acham-se submetidas a regramento próprio, o que confere ao Conselho o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura). Nesse sentido: AgRg nos EDcl no Ag 1106028/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 09/12/2011. E mais: "Nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial incide a limitação de 12% aos juros remuneratórios." (AgRg no AREsp 3.154/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 12/08/2011)

-Não vendo o que modificar na decisão recorrida, mantém-se por seus próprios fundamentos, para o fim de condenar o promovido a pagar à instituição demandante os juros vencidos e os que se vencerem por todo o período da dívida, estabelecendo que tais encargos serão exigíveis e calculados, na situação de inadimplência, na forma do §único do art. 5º do DL 167/67.

RECURSOS IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Processo nº 0007719-68.2008.8.06.0112, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível desta Corte de Justiça, por unanimidade, em negar provimento aos recursos, mantendo a sentença adversada, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza,28 de março de 2012

RELATÓRIO

Cuido de recursos apelatórios aviados por RAIMUNDO PEREIRA ALENCAR e BANCO DO NORDESTE DO BRASIL S/A, em face de sentença que, promanada do douto Juízo da 4ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte, na ambiência da ação de cobrança proposta pela instituição financeira, em causa cujo móvel verte-se "ao pagamento de encargos (juros vencidos), incidentes sobre obrigação materializada em Escritura Pública de Composição e Confissão de Dívidas com Hipoteca" (pg. 102), julgara parcialmente procedente a pretensão autoral, condenando "o promovido a pagar ao Banco autor os juros vencidos e os que se vencerem por todo o período da dívida (CPC – art. 290), estabelecendo que tais encargos serão exigíveis e calculados, na situação de inadimplência, na forma do parágrafo único do art. 5º do DL 167/67." (pg. 108)

Em seu apelo, o Sr. Raimundo Pereira de Alencar alega, principalmente, a incidência de juros extorsivos na espécie, pedindo, ao final, a revisão do crédito cobrado.

Já o banco apelante, sustenta, em síntese, que a decisão é extra petita, uma vez que o digno Julgador conhecera de ofício da abusividade de cláusulas contratuais – incidência da Súmula 381/STJ, mormente a exclusão da comissão de permanência e a aplicação do índice de 1% (um por cento) ao ano relativo aos juros de mora, requerendo a nulidade da sentença nesse ponto e que o saldo devedor seja apurado conforme as disposições do termo de confissão de dívida e não pelas regras do DL 167/67 (cédula de crédito).

Contrarrazões às páginas 129/133 e 134/138.

O Ministério Público não incursionara no mérito da questão.

É o que basta relatar.

À douta revisão.

Fortaleza, 14 de março de 2012.

VOTO

Atestada a admissibilidade dos recursos, avanço.

Eminentes pares, conforme a narrativa monocrática, lê-se na petição inicial que no instrumento de confissão de dívida pactuou-se um principal de R$ 68.387,40 que se obrigou o promovido a pagar em uma única parcela, "mediante resgate de 69 (sessenta e nove) Certificados do Tesouro Nacional (CTN's), escriturais e nominativos, os quais foram cedidos ao promovente, sob condição resolutiva, para garantia do principal da dívida, cujos valores serão atualizados monetariamente com base no Índice Geral de Preços de Mercado (IGP-M) e ficarão bloqueados, enquanto representarem a garantia

da dívida e enquanto não haja manifestação do Tesouro Nacional acerca do exercício de opção de recompra." (pg. 102)

Assenta a instituição que o requerido, desde 01/10/2005, deixou de pagar as prestações referentes aos juros incidentes sobre o principal, objeto da composição, e que já totalizaram R$ 30.054,07, em dezembro de 2007.

Argumenta o banco que não é de seu interesse considerar vencida a dívida antecipadamente porque assim teria que resgatar os CTN's antes do prazo estabelecido pela Resolução 2.471/98 (20 anos) e o valor que alcançaria seria menor que o montante de R$ 68.387,40, razão pela qual o que persegue no processo é receber os juros vencidos e mais uma declaração de assistir-lhe direito aos vincendos por todo o período da dívida, elidindo, assim, a necessidade de interposição de novas ações para a cobrança dos mesmos, na forma do art. 290 do CPC.

O demandado confessa haver deixado de pagar os juros anuais desde a época informada pelo credor visto que teria atravessado situação financeira difícil em razão de doença.

Esses os fatos, passo a decidir.

Em seu pronunciamento, o douto Magistrado a quo, esclarecendo tratar-se de uma operação originária de crédito rural, firmada por Cédula Rural Hipotecária e que foi objeto de securitização, assentara que a composição não afastou da operação sua natureza de financiamento rural e que assim deve ser divisada.

Com efeito, a meu sentir, está com a razão o nobre Julgador.

Em que pese o banco apelante ater-se somente ao pacto em vigor – Instrumento de Composição e Confissão de Dívidas (pgs. 13/17), para fazer prevalecer o princípio da boa-fé objetiva as consequências dele advindas não podem subsistir.

Em tese, a composição, de fato, acarreta a desvinculação da dívida anterior. Neste caso, contudo, o contrato de confissão de dívida é oriundo de uma Cédula Rural Hipotecária emitida pelo Sr. Raimundo Pereira de Alencar em favor do Banco do Nordeste do Brasil S/A, na data de 19/11/1996 e no valor de R$ 29.861,00 (vinte e nove mil, oitocentos e sessenta e um reais), lastreada com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

Nesse sentido, não me parece razoável aceitar que o credor, oferecendo condições para a renegociação que prejudica o devedor, porque eleva os juros e acrescenta outras cláusulas, tenha a manutenção do contrato atual, posto que este último foi feito muito mais no seu interesse do que do aceitante.

Entendo, baseada na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ser possível, na escritura pública de confissão de dívida, uma vez demonstrada a sua ligação com a cédula de crédito, a revisão, ainda que de ofício, de toda vinculação, pela existência de relação negocial continuada. Confiram-se os seguintes precedentes:

> "Como já acolhido em precedente da Corte, se a escritura de confissão de dívida, renegociando débito decorrente de cédula de crédito rural,

> estabelece os mesmos encargos da dívida original, não há fundamento para afastá-los, certo que não houve a desvinculação do título originário." (RESP 222230/RS; Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES, TERCEIRA TURMA, DJ 01.08.2000, P.00266)
>
> "Portanto, se a confissão de dívida, renegociando débito decorrente de cédula de crédito rural, estabelece diferentes encargos da dívida original, há fundamento para afastá-los, certo que não houve a desvinculação do título originário. Ademais, o objetivo do crédito rural é estimular os investimentos rurais feitos pelos produtores ou por suas associações (cooperativas, condomínios, parcerias, etc); favorecer o oportuno e adequado custeio da produção e comercialização de produtos agropecuários; fortalecer o setor rural, visando o aumento da produtividade e, melhorar o padrão de vida das populações rurais." (AgRg nos EDcl no Ag 564.084/RS, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, DJ 18/04/2005, p. 308)

Logo, a denominada "confissão de dívida" não pode comparecer divorciada do título original, sendo lícito ao Poder Judiciário examinar os critérios utilizados para a formação do dito valor remanescente.

Não há razão para limitar o exercício jurisdicional na revisão dos contratos, mormente quando a dívida, que é na última avença reconhecida, resulta da aplicação de um encadeamento negocial que não pode ser visto isoladamente. (ref. idem AgRg nos EDcl no Ag 564.084/RS)

Deveras, afronta visível é o descumprimento flagrante pelo banco autor do texto expresso do Decreto-Lei 167/67, pela cobrança da comissão de permanência na situação de inadimplemento.

Realmente, a cláusula do instrumento que prevê a cobrança ao exclusivo alvedrio da instituição, não somente encerra condição potestativa, estabelecendo uma opção de vantagem ao banco sem previsão de idêntico direito ao mutuário, mas também atropela limitação imposta no art. 5º, parágrafo único do DL 167/67. Veja-se:

> "Art 5º As importâncias fornecidas pelo financiador vencerão juros as taxas que o Conselho Monetário Nacional fixar e serão exigíveis em 30 de junho e 31 de dezembro ou no vencimento das prestações, se assim acordado entre as partes; no vencimento do título e na liquidação, por outra forma que vier a ser determinada por aquêle Conselho, podendo o financiador, nas datas previstas, capitalizar tais encargos na conta vinculada a operação.
>
> Parágrafo único. Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano." (destaquei)

Do STJ: "A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a incidência da comissão de permanência não deve ser aplicada às cédulas de crédito rural, tendo em vista possuir regramento próprio." (REsp 1277626/PR, Rel. Ministro

MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2012, DJe 14/02/2012)

Isto posto, preserva-se a determinação a quo no sentido de que o saldo devedor seja recalculado aplicando-se, na situação de inadimplência, acréscimo de 1% (um por cento) ao ano em relação aos encargos cobrados na situação de normalidade, inadmitindo-se, para tanto, a comissão de permanência.

No mais, quanto à alegação da exorbitância dos juros remuneratórios enquanto encargo financeiro sobre o montante da dívida, estes devidos à taxa efetiva de 8,0% (oito por cento) – pg. 14 – Cláusula Terceira, calculados anualmente, esta não prospera. Conquanto na regência da Lei n.º 4.595/64, que dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, e cria o Conselho Monetário Nacional, não estejam os juros bancários limitados a 12% a.a, as notas de crédito rural acham-se submetidas a regramento próprio, o que confere ao CMN o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura). Nesse sentido: AgRg nos EDcl no Ag 1106028/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 09/12/2011. E mais: "Nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial incide a limitação de 12% aos juros remuneratórios." (AgRg no AREsp 3.154/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 12/08/2011)

Não vendo o que modificar na decisão recorrida, mantenho-a por seus próprios fundamentos, para o fim de condenar o promovido a pagar à instituição demandante os juros vencidos e os que se vencerem por todo o período da dívida, estabelecendo que tais encargos serão exigíveis e calculados, na situação de inadimplência, na forma do §único do art. 5º do DL 167/67. Recursos a que se negam provimento.

É como voto.

Fortaleza, 28 de março de 2012

Processo nº 0000793-24.2004.8.06.0173
Apelação Cível de Tianguá
Apelantes: Américo Juaçaba Nunes e Banco do Nordeste do Brasil S.A - BNB
Apelados: Os mesmos apelantes
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. APLICABILIDADE DO CDC. PRECEDENTES DO STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO. INAPLICABILIDADE. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. COBRANÇA INADMISSÍVEL. MULTA DE 10%. LIMITAÇÃO. ARTIGO 52, § 1º, DO CDC. CÉDULA DE CRÉDITO FIRMADA EM DATA POSTERIOR À ALTERAÇÃO NA REDAÇÃO DO DISPOSITIVO, PROMOVIDA PELA LEI Nº 9.298/1996. 1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Incidência da Súmula 297 do STJ; 2. Resta pacificado o entendimento jurisprudencial, inclusive no âmbito do STJ, a limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano não é exorbitante; 3. Não obstante a vedação contida na Súmula 121, do STF, com a vigência da MP nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001, firmou-se entendimento no sentido de admitir a capitalização dos juros, desde que o contrato tenha sido celebrado em data posterior a 31 de março de 2000, e estar expressamente consignada a previsão no contrato; 4. Não é lícita a cobrança de comissão de permanência nas cédulas de crédito rural, títulos de crédito regidos por legislação específica, qual seja, o Decreto-lei nº 167/67; 5. A multa equânime aplicável à cédula de crédito rural firmada em data posterior à alteração, promovida pela Lei nº 9.298/1996, é a prevista no art. 52, §1º, do CDC; 6. Apelação do Sr. Américo Juaçaba Nunes provida; 7. Apelação do BNB improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação cível, nº 0000793-24.2004.8.06.0173, em que são partes as que estão indicadas acima, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer ambos os recursos, para dar provimento ao apelo do Sr. Américo Juaçaba Nunes e, negar provimento ao apelo do Banco do Nordeste do Brasil S/A, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Conheço dos recursos porque ornados dos requisitos necessários à sua apreciação.

Deparo-me, no presente feito, com a possibilidade de o Judiciário poder ou não revisar acordos bancários, analisando as eventuais cláusulas insertas unilateralmente em instrumentos contratuais. Ao passo que se busca alcançar o equilíbrio entre os seguintes princípios em colisão: os princípios da autonomia da vontade e do *pacta sunt servanda* de um lado e, do outro, os princípios da proteção ao hipossuficiente e da isonomia nas relações contratuais.

Impende enfatizar, por outro lado, que a viabilidade de modificação das cláusulas pelo juiz não significa que tal tarefa possa ser realizada de ofício, conclusão que se extrai da leitura conjunta dos art. 2º, 128, 460 e 515, todos do Cânone Processual Civil.

- Da apelação interposta pelo autor – Américo Juaçaba Nunes

No primeiro recurso, o Sr. Américo Juaçaba Nunes se insurge contra o decreto sentencial, pugnando, em síntese, pela incidência do CDC, por ser clara sua vulnerabilidade ante a condição adesiva nas operações realizadas com a instituição financeira. Também protesta pela reforma da decisão quanto aos juros remuneratórios; o não afastamento da capitalização; e a manutenção da multa moratória em 10%.

Com efeito, o Código de Proteção ao Consumidor (Lei n° 8.078/90) regula os negócios jurídicos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços (art. 3o, § 2o), viabilizando a declaração judicial de nulidade absoluta das cláusulas nucleares e periféricas, viciadas por abuso de poder econômico, excesso de onerosidade e/ou enganosidade (art. 51, e § 1º). Permite, ainda, ante sua natureza jurídica, a revisão judicial dos negócios jurídicos e a relativização do principio do *pacta sunt servanda*.

Da análise do ajuste sobre o qual recai a pretensão deduzida na pórtico inaugural, conclui-se tratar-se, sem réstia de dúvida, de pacto de adesão. Isto porque as cláusulas insertas no ajuste foram elaboradas genérica e unilateralmente.

Destarte, o art. 54, do Código Consumerista conceitua que:

> "Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.
>
> § 1° - A inserção de cláusula no formulário não desfigura a natureza de adesão do contrato."

Nessa linha de idéias, calha trazer a lume os ensinamentos de Cláudia Lima Marques:

> "O consumidor limita-se a aceitar em bloco (muitas vezes sem sequer ler completamente) as cláusulas, que foram unilateral e uniformemente pré-elaboradas pela empresa, assumindo, assim, um papel de simples aderente à vontade manifesta pela empresa no instrumento contratual massificado, restando-lhe a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato (take it or leave), não podendo modificá-lo de maneira relevante. O consentimento do consumidor manifesta-se por simples adesão ao conteúdo preestabelecido pelo fornecedor de bens ou serviços." (Comentários ao código de defesa do consumidor, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006. p. 800-801).

Quanto à incidência da legislação consumerista nos contratos bancários, pacífica é a jurisprudência de nossos tribunais superiores (Súmula 297, E. STJ). Vejamos:

> "COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CÉDULA RURAL PIGNORATÍCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. CDC. APLICABILIDADE. SÚMULA N. 297-STJ. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PELO CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL. LEI DE USURA (DECRETO N.22.626/33). INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. (…) II. "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras." - Súmula n. 297/STJ. III. (…) IV. (…) V. (…)" (AgRg no REsp 841.487/PB, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 10/12/2007, p. 378)

Portanto, a teor da redação do art. 3º, § 2º, do CDC, "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".

Dito isto, cumpre ao Estado preservar os princípios estabelecidos no art. 4º, do Código de Defesa do Consumidor, devendo o Poder Judiciário, sempre que se deparar com práticas comerciais abusivas, que desrespeitem a dignidade e a segurança dos consumidores, fazer restabelecer o equilíbrio nas relações de consumo.

Nessa toada, dúvida não há de que o contrato bancário que deu ensejo à presente ação, criou entre as partes uma autêntica relação de consumo. Portanto, razão assiste ao Sr. Américo Juaçaba Nunes neste ponto específico.

- Limitação dos juros remuneratórios a 12% ao ano

Pretende o apelante a limitação dos juros remuneratórios contratuais ao patamar máximo de 12 % (doze por centos) ao ano.

Pois bem. Na esteira do posicionamento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, tem-se que, nas cédulas de crédito rural os juros remuneratórios devem ser limitados ao percentual de 12 % ao ano, ante a ausência de deliberação do Conselho Monetário Nacional em sentido contrário.

> **"AGRAVO REGIMENTAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INADIMPLÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. POSSIBILIDADE.** 1. Não se admite a cobrança de comissão de permanência nas cédulas de crédito industrial. 2. Inadimplida a obrigação, ficam as instituições financeiras autorizadas a cobrar, em substituição à comissão de permanência, os encargos previstos para a fase de normalidade, acrescidos de juros de mora e multa. 3. **Nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial incide a limitação de 12% aos juros remuneratórios.** 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 3.154/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 12/08/2011) (grifei)

Assim, devem os juros remuneratórios ser limitados, ao patamar máximo de 1% ao mês e 12% ao ano, nos termos da fundamentação exposta.

- Da capitalização de juros

No que diz respeito a capitalização dos juros, a Corte Constitucional dirimiu as controvérsias editando súmula, nos seguintes termos:

"É vedada a capitalização de juros, ainda que convencionada" (Súmula 121, do STF).

Contudo, em face da vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001, firmou-se entendimento no sentido de admitir a capitalização dos juros, desde que observada duas condicionantes; a primeira, o contrato ter sido celebrado em data posterior a 31 de março de 2000, ocasião da edição da mencionada medida provisória; a segunda, quando estiver expressamente consignada a previsão da capitalização mensal no contrato.

A ilustrar essas afirmações, trago à colação posicionamento esposado no STJ:

> "AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. TAXA MÉDIA DE MERCADO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. POSSIBILIDADE NOS CONTRATOS CELEBRADOS APÓS 31.3.00. [...] II - Permite-se a capitalização mensal dos juros 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) e que pactuada. [...]" (AgRg no Ag 1266124/SC, Rel.Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe07/05/2010).

No caso *sub examine*, vê-se conforme os documentos de fls. 34 *usque* 48, que a celebração do contrato se deu em abril de 1997, momento anterior a edição da Medida Provisória nº 1.963-17 de 31 de março de 2000 (art. 5º, caput), razão pela qual o reconhecimento da sua ilegalidade é medida que se impõe, com sustentáculo nos precedentes extraídos do STJ.

De modo que entendo merecer reforma o entendimento esposado pela Togada, na parte que não reconheceu a impossibilidade da prática do anatocismo na vertente *actio*.

- Da multa

Não só porque aplicável o CDC, há também que se considerar que a multa consiste em uma pena decorrente da mora, e, como uma sanção à inadimplência, só se torna exigível no momento em que esta se constitui, seja pelo vencimento do título, seja pelo protesto, ou mesmo pela interpelação, quando então será cobrada e deverá ser adequada à legislação vigente.

Destarte, em sendo outra a nossa atual realidade, a multa moratória deve ser reduzida ao patamar de 2%, previsto na alteração da Lei do Consumidor, posto que está mais equânime com a sua finalidade, podendo vir a possibilitar ao devedor, mesmo com algum sacrifício, o seu cumprimento.

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. RECURSO INFUNDADO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 557, § 2º, DO CPC. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o enunciado nº 83 de sua Súmula não se restringe aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, sendo também aplicável nos recursos fundados na alínea "a". 2. A relação jurídica existente entre o contratante e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor (Súmula 297/STJ). 3. É possível revisar os contratos firmados com a instituição financeira, desde a origem, para afastar eventuais ilegalidades, independentemente de quitação ou novação, a teor da súmula nº 286/STJ. 4. Nos casos de cédula de crédito rural, comercial e industrial, esta Corte não admite a cobrança de comissão de permanência em caso de inadimplência. Precedentes. 5. Em razão de incidir na espécie o Código de Defesa do Consumidor, a cobrança da multa moratória na alíquota de 10% só poderá ser mantida para contratos firmados antes da vigência da Lei nº 9.298/96, que alterou o Código Consumerista, motivo pelo qual, no caso, mereceu ser reduzida para 2%, conforme disposto no enunciado da Súmula nº 285/STJ. 6. A aferição, se houve ou não sucumbência recíproca, é matéria que demanda o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada pelo óbice da súmula nº 7/STJ." (AgRg no Ag 1064081/SE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 18/03/2011)

Portanto, em se tratando de direito do consumidor, não há mais como fixar e manter a multa moratória no percentual de 10% do débito, com o que se estaria inviabilizando o cumprimento da obrigação contratual.

Nesse espeque, vejo que foge totalmente da sua finalidade manter a multa naquele patamar, hoje elevadíssimo, acima dos padrões da inflação anual.

- Quanto ao recurso do Banco do Nordeste, sua insatisfação cinge-se no

afastamento do encargo de comissão de permanência, determinado na sentença.

Conforme assinalado no decreto sentencial, a Juíza da causa determinou o expurgo da comissão de permanência, com fundamento na impossibilidade de sua cumulação com correção monetária.

A matéria relativa aos títulos de crédito ligados ao financiamento rural está disciplinada no Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967, merecendo especial destaque a previsão contida no parágrafo único, do art. 5º: "Em caso de mora, a taxa de juros constante da cédula será elevável de 1% (um por cento) ao ano".

No mesmo passo, também há de ser considerado que a norma do referido art. 5º, do Decreto-Lei 167/67, apenas autoriza a cobrança de juros, inexistindo qualquer permissão para que, no âmbito dos títulos de crédito rural, incida comissão de permanência.

Acerca da impossibilidade da cobrança de comissão de permanência nas cédulas de crédito comercial, rural e industrial, manifestam-se o Egrégio Superior Tribunal de Justiça e a 6ª Câmara Cível deste Sodalício. Veja-se:

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL E CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MORA. ENCARGOS INCIDENTES APÓS A INADIMPLÊNCIA. 1.- **As notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei nº 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69) que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura)**. 2.- O acolhimento da pretensão recursal para que se conclua no sentido de que houve contratação em taxas superiores a 12% ao ano, nas Cédulas firmadas pelas partes, demandaria o reexame das provas dos autos, bem como a interpretação das cláusulas dos ajustes celebrados pelas partes, obstando a admissibilidade do especial as Súmulas 5 e 7 do STJ, sendo certo que esta Corte, no julgamento do Recurso Especial, considera os fatos tais como delineados pelo Acórdão recorrido. 3.- Permite-se a capitalização mensal dos juros 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) e que pactuada. 4.- Nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária. 5.- **É admitida a cobrança da comissão de permanência no período da inadimplência nos contratos bancários, à taxa de mercado, desde que (i) pactuada, (ii) cobrada de forma exclusiva - ou seja, não cumulada com outros encargos moratórios, remuneratórios ou correção monetária - e (iii) que não**

> **supere a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada para a vigência do contrato;juros de mora; e multa contratual**. 6.- Quanto à mora do devedor, a Segunda Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1061530/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, julgado em 22/10/2008, pelo rito dos Recursos Repetitivos, DJe 10/03/2009, consolidou o entendimento de que a sua descaracterização dá-se apenas no caso de cobrança de encargos ilegais no período da normalidade. 7 - Agravo Regimental improvido." (AgRg no REsp 1159158/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 22/06/2011)

> **"CÉDULA DE CRÉDITO RURAL PIGNORATÍCIA - LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. 1 – Diante da omissão do Conselho Monetário Nacional em fixar a taxa de juros a ser pactuada nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial,conforme determina o artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, resta pacificado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano. 2 (...). 3 - O entendimento jurisprudencial dominante, e, pacífico no âmbito do STJ, é que em se tratando de cédulas de crédito rural,industrial e comercial fica vedada a cobrança de comissão de permanência**. 4 - (…)" (TJ/CE, 533-84.2003.8.060171/1, Rel. Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda, DJ 27/06/2011)

Ainda sobre o tema, o STJ editou as seguintes súmulas:

> Súmula 30: A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis.
> Súmula 296: Os juros remuneratórios, não cumuláveis com a comissão de permanência, são devidos no período de inadimplência, à taxa média de mercado estipulada pelo Banco Central do Brasil, limitada ao percentual contratado.

Portanto, em decorrência de não existir no Decreto-Lei 167, de 14 de fevereiro de 1967, expressa autorização permitindo a cobrança de taxa de permanência referente ao período de inadimplência, torna-se defeso ao financiador, por sua deliberação, com arrimo em portarias e resoluções, em afronta ao princípio constitucional da limitação dos juros, inserir na cédula de crédito rural cláusula prevendo cobrança de comissão de permanência.

Neste norte, a razão não socorre ao segundo apelante, BNB, devendo a sentença restar indene quanto a este ponto específico.

Diante das considerações expendidas, é de se dar provimento ao primeiro recurso, na forma já explicitada, e negar provimento ao apelo do Banco do Nordeste do Brasil S/A.

Custas processuais e honorários advocatícios pelo Banco insurgente, fixados em 10% sobre o montante da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 27 de março de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0000086-26.2005.8.06.0107
Apelante: ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD
Apelado: ASSOCIAÇÃO NOSSA SENHORA DAS CANDEIAS
Juízo de Origem: VARA ÚNICA DA COMARCA DE JAGUARIBE/CE
Relator: DESEMBARGADOR VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
Órgão Julgador: OITAVA CÂMARA CÍVEL

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. DIREITOS AUTORAIS. RÁDIO COMUNITÁRIA. COBRANÇA. LEGITIMIDADE ATIVA DO ECAD. RÁDIO DIFUSORA SEM FINALIDADE LUCRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD - age na condição de mandatário de seus associados por forca de lei (Lei nº 9.610/98), tendo, portanto, legitimidade para promover ação judicial de cobrança de direitos autorais de composições musicais, sendo desnecessária a prova da filiação e da autorização do titular dos direitos reivindicados.

2. No caso dos autos, a apelada é rádio comunitária – Associação Nossa Senhora das Candeias – Jaguaribe FM "A Voz do Rio" – declarada de utilidade pública, sem fins lucrativos, por meio de Projeto de Lei nº 09, de 20.06.2002, aprovado pela Câmara Municipal de Jaguaribe (fls. 96/97), e presta serviços de utilidade pública, tais como educação, cultura, lazer, saúde e outros, conforme vasta documentação adunada.

3. Sob a vigência da lei anterior nº 5.988/73, a reprodução de obras sem finalidade lucrativa, tal como se dá no caso das rádios comunitárias, não ensejava o pagamento de direitos autorais aos respectivos autores, porquanto era imprescindível o caráter econômico da reprodução. Em que pese a Lei nº 9.610/98, atualmente vigente, tenha omitido a menção acerca da imprescindibilidade da finalidade lucrativa da reprodução das obras, conforme a redação conferida aos arts. 29, VIII, e 68, entendo que o direito patrimonial do autor da obra deve ser relativizado diante do interesse público de existência e manutenção da rádio comunitária.

4. No caso, não ocorre uma contraprestação, vez que a rádio comunitária não aufere qualquer lucro com a execução das músicas, de modo que se trata de uso natural e despretensioso da obra artística. Não ocorre exploração da obra para benefício próprio, almejando lucratividade, sem a devida compensação.

5. Concluir de modo diverso significaria sobrepujar o interesse

pessoal do autor da obra ao interesse público e social da atuação da rádio comunitária, obstaculizando o direito da comunidade local à informação, ao lazer, à cultura e ao convívio social.
6. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0000086-26.2005.8.06.0107, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD e apelada ASSOCIAÇÃO NOSSA SENHORA DAS CANDEIAS,

ACORDA a Turma Julgadora da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em votação unânime, em conhecer do Apelo, para negar-lhe provimento, confirmando a sentença monocrática, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO - ECAD em face de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jaguaribe, que julgou improcedente o pedido autoral nos autos da Ação de Cobrança ajuizada pela apelante contra a ASSOCIAÇÃO NOSSA SENHORA DAS CANDEIAS.

Na peça proêmia, o autor relatou que tem legitimidade, nos termos do art. 99 da Lei nº 9.610/98, para exercer a prerrogativa exclusiva, como substituto processual, de arrecadar e distribuir, em todo o território nacional, a receita auferida a título de direitos autorais em decorrência da utilização pública, por parte dos diversos tipos de usuários de obras musicais, lítero-musicais e de fonodramas. Afirmou que a promovida, na qualidade de emissora de radiodifusão, tem obrigação mensal para com o ECAD, porém, está inadimplente desde Junho/2000, em flagrante violação à Lei dos Direitos Autorais. Requereu, liminarmente, a imediata suspensão das execuções musicais ou o depósito em Juízo das mensalidades vencidas e vincendas. No mérito, requereu a condenação da ré a pagar os direitos autorais devidos no valor até então atualizado em R$13.208,76.

Indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, foi providenciada a citação da ré, que apresentou a contestação de fls. 92/94, na qual alegou que se trata de associação comunitária, sem fins lucrativos, conforme Projeto de Lei nº 09, de 20.06.2002, aprovado pela Câmara Municipal de Jaguaribe, cujo atendimento é de caráter eminentemente social, visando aos interesses da comunidade local, prestando serviços de utilidade pública, estímulo à educação, lazer, cultura e convívio social, pelos quais não percebe qualquer soma em dinheiro, sobrevivendo de pequenas doações da própria comunidade. Sustentou que não foi notificada do débito, não firmou qualquer contrato com o ECAD e

não dispõe de condições financeiras para arcar com o pagamento reclamado pelo autor, requerendo, ao final, a improcedência da ação.

Réplica às fls. 177/179, na qual o demandante ressaltou que a cobrança em debate tem amparo legal e independe da atividade sem fins lucrativos exercida pela ré.

Frustrada a conciliação (fls. 132), foi anunciado o julgamento antecipado da lide (fls. 211), sobrevindo a sentença prolatada às fls. 214/223, na qual o Juiz Monocrático julgou improcedente a demanda, sob o fundamento de que a cobrança da retribuição autoral deve ser relevada nos casos de rádio comunitária, face seus relevantes serviços de utilidade pública, bem assim em razão de tais atividades não visarem lucro.

Inconformado com a sentença, o promovente interpôs o presente recurso apelatório (fls.226/232), visando à reforma do decisum, cujas razões são, em síntese: a) a cobrança é devida independentemente da emissora exercer atividade sem fins lucrativos; b) os direitos autorais se consubstanciam em verba de natureza alimentar; c) a obrigação da emissora apelada decorre de lei.

Recebido o recurso em seus efeitos regulares, não houve contrarrazões.

Remetidos os autos a esta Instância Revisora, foram inicialmente distribuídos à e. Desa. Vera Lúcia Correia Lima (29.07.2010), que colheu o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 246/251, sem manifestação sobre o mérito, face a ausência de interesse público.

Redistribuídos os autos ao e. Des. Clécio Aguiar de Magalhães (01.09.2010) e, posteriormente, à minha relatoria, por força da Portaria nº 154/2011, vieram-me conclusos aos 14.10.2011.

É, no essencial, o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2011.

VOTO

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

Trata-se de Apelação interposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição – ECAD contra sentença exarada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Jaguaribe, nos autos da Ação de Cobrança, em que foi julgado improcedente o pleito autoral, sob o fundamento de que a cobrança da retribuição autoral deve ser relevada nos casos de rádio comunitária, face seus relevantes serviços de utilidade pública, bem assim em razão de tais atividades não visarem lucro e em virtude de que entendimento inverso resultaria na própria inviabilidade da atividade desenvolvida pela rádio.

Em suas razões recursais, o ECAD sustenta que o pretor singular não protegeu seu reclame, inobstante o dever de pagar os direitos autorais ser decorrente de lei e independer da radiodifusora exercer suas atividades sem fins lucrativosPortanto, a questão em debate consiste em saber se é possível a cobrança dos direitos autorais da

promovida, na qualidade de rádio comunitária, despida de finalidade lucrativa.

Ab initio, à guisa de esclarecimento, importante frisar a legitimidade do ECAD para cobrar em juízo o pagamento dos direitos autorais decorrentes da radiodifusão de obras musicais de forma contínua e permanente, por emissora de rádio, em pleno funcionamento.

É que a legitimação do ECAD decorre de legislação própria – Lei nº 9610/98.

Trata-se o ECAD de um escritório central abrangente de todo o país, que representa o conjunto de todas as associações a que se filiam os intérpretes das canções executadas, consoante art. 99 da mencionada lei:

> Art. 99. As associações manterão um único escritório central para a arrecadação e distribuição, em comum, dos direitos relativos à execução pública das obras musicais e lítero-musicais e de fonogramas, inclusive por meio da radiodifusão e transmissão por qualquer modalidade, e da exibição de obras audiovisuais.
>
> § 2º O escritório central e as associações a que se refere este Título atuarão em juízo e fora dele em seus próprios nomes como substitutos processuais dos titulares a eles vinculados.

De modo que as associações, por força de lei (art. 98), atuam como mandatárias de seus membros, e tais associações mantêm um único escritório central – o ECAD –, o qual também assume a condição legal de mandatário destas (art. 99, § 2º), de modo que o ECAD é o arrecadador único de todos os direitos do autor, representanto o todo, sendo desnecessária a prova da filiação ou outorga de poderes para este fim.

Destarte, a assertiva do apelado sobre a necessidade de se comprovar que o ECAD tem autorização do exibidor/executor das obras musicais ou de que este seja filiado ao ECAD é totalmente superada no âmbito da jurisprudência do STJ: "ECAD tem legitimidade para promover ação judicial que busque defender os titulares de direitos autorais de composições musicais, sendo desnecessária a prova de filiação e da autorização do titular dos direitos reivindicados, conforme pacífica jurisprudência desta Corte." (REsp n° 212.199/PR, Relator: Ministro César Asfor Rocha, DJ de 18.10.99).

No mesmo sentido, o Ministro Hélio Quaglia Barbosa obtemperou: "a legitimidade ativa do ECAD independe de prova de outorga de poderes por parte dos artistas, ou sequer de sua filiação junto ao órgão"... uma vez que "o ECAD é mandatário de seus associados por forca de lei (art. 104 da Lei 5988/73), pelo que é desnecessária a juntada de instrumento de outorga de poderes. Desnecessária, também, a comprovação de filiação".

Elucidada a questão acerca da legitimidade do ECAD para cobrar judicialmente os direitos autorais, passo ao mérito da causa.

Para a verificação do direito do ECAD, suficiente a prova de funcionamento

da emissora de radiodifusão, o que, in casu, é evidente, estando provado o fato constitutivo do direito do autor, consoante disciplina o art. 333, I, do Código de Processo Civil, cabendo à parte adversa – apelada – demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação.

Neste sentido, decisão do STJ:

> PROCESSO CIVIL. CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. RADIODIFUSORA. NOTORIEDADE DO FATO GERADOR. CADASTRO PERMANENTE. PRESUNÇÃO RELATIVA A FAVOR DO ECAD. IDENTIFICAÇÃO DAS OBRAS. PRESCINDIBILIDADE.
> I - Nas hipóteses em que a cobrança de direitos autorais decorre da radiodifusão de obras musicais de forma contínua, permanente, por emissora de rádio em pleno funcionamento, configurando a notoriedade do fato gerador da obrigação de recolhimento dos direitos autorais junto ao Escritório Central de Arrecadação e Distribuição - ECAD, é forçoso reconhecer a presunção relativa a este favorável, cabendo àquela o ônus de demonstrar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação.
> II - Não é necessária a identificação das músicas e dos respectivos autores para a cobrança dos direitos autorais devidos, sob pena de ser inviabilizado o sistema, causando evidente prejuízo aos seus titulares. Precedentes. Recurso provido. (REsp 612.615/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 07/08/2006, p. 218) (grifei)

É cediço que a Lei nº 5.988/73, ao regular a matéria, deixava margem à controvérsia, dispondo seu art. 73:

> "Art. 73. Sem autorização do autor, não poderão ser transmitidos pelo rádio, serviço de auto-falantes, televisão ou outro meio análogo, representados ou executados em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto, drama, tragédia, comédia, composição musical, com letra ou sem ela ou borá de caráter assemelhado." (grifei)

Como se infere do dispositivo adrede transcrito, sob a vigência da lei anterior, a reprodução de obras sem finalidade lucrativa, tal como se dá no caso das rádios comunitárias, não ensejava o pagamento de direitos autorais aos respectivos autores, porquanto era imprescindível o caráter econômico da reprodução.

Todavia, a Lei nº 9.610/98, atualmente vigente, omitiu a menção acerca da imprescindibilidade da finalidade lucrativa da reprodução das obras, conforme a redação conferida aos arts. 29, VIII, e 68, *verbis*:

> Art. 29. Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como:

> (...)
> VIII - a utilização, direta ou indireta, da obra literária, artística ou científica, mediante:
> (...)
> d) radiodifusão sonora ou televisiva;
>
> Art. 68. Sem prévia e expressa autorização do autor ou titular, não poderão ser utilizadas obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

Restou, então, o impasse, a ser dirimido pelos magistrados, no sentido de manter o entendimento anterior de necessidade de fins lucrativos da radiodifusora para dela serem cobrados os direitos autorais, ou, diante da omissão da lei, tornar obsoleta a discussão sobre a finalidade da rádio, considerando-a irrelevante.

A questão merece atenção, pois assim como não se pode desconhecer a necessidade de resguardo aos direitos autorais e patrimoniais do autor da obra, o qual dela pode e deve fruir, utilizar e dispor com exclusividade, sendo necessária prévia autorização para o uso de sua criação artística por terceiros (art. 68, Lei nº 9.610/98), também deve-se atentar para o fato de que, no caso das radiodifusoras sem fins lulcrativos, as retribuições autorais podem inviabilizar o próprio funcionamento das rádios comunitárias, obstando o desenvolvimento de atividades de relevância para a comunidade, tais como educação, cultura, lazer, saúde e outros.

Neste conflito, entendo que o direito patrimonial do autor da obra deve ser relativizado diante do interesse público de existência e manutenção da rádio comunitária, que exerce a atividade social sem objetivar lucro.

Impende reconhecer que as rádios comunitárias são criadas por lei, mediante concessão do Poder Público, de relevância para a comunidade e enquadradas nos requisitos estatuídos na Lei nº 9.612/98, que prevê a criação do serviço de radiodifusão comunitária, sendo possível a existência de apenas uma por município.

Ademais, no caso não ocorre uma contraprestação, vez que a rádio comunitária não aufere qualquer lucro com a execução das músicas, de modo que se trata de uso natural e despretensioso da obra artística. Não ocorre exploração da obra para benefício próprio, almejando lucratividade, sem a devida compensação.

No caso dos autos, a apelada é rádio comunitária - Associação Nossa Senhora das Candeias – Jaguaribe FM "A Voz do Rio" – declarada de utilidade pública, sem fins lucrativos, por meio de Projeto de Lei nº 09, de 20.06.2002, aprovado pela Câmara Municipal de Jaguaribe (fls. 96/97), e presta serviços de utilidade pública, conforme se constata pela vasta documentação adunada aos autos, as quais demonstram, à saciedade, a veiculação de programas relativos à saúde da população (dengue, câncer de colo uterino, campanhas de vacinação, vigilância sanitária), Programas Bolsa Escola e Bolsa Renda, avisos de concursos públicos e de reuniões pedagógicas, divulgação de professores aprovados na Prefeitura, avisos de entrega de cestas básicas e de pagamento,

aviso de contratação de docentes, programação rural e de festividades locais etc.

Portanto, entendo que a não sujeição das rádios comunitárias à cobrança do ECAD não viola o art. 68 da Lei nº 9610/98, dada a natureza e importância das mesmas para a comunidade local. Concluir de modo diverso significaria sobrepujar o interesse pessoal do autor da obra ao interesse público e social da atuação da rádio comunitária, obstaculizando-lhe o direito à informação, ao lazer, à cultura e ao convívio social.

Neste respeito, impende destacar recente decisão do e. Des. Henry Petry Júnior, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, citado pelo Des. Relator Luiz Carlos Freyesleben:

> PROCESSO CIVIL E CIVI. AÇÃO DE COBRANÇA. ECAD. CERCEAMENTO DE DEFESA INOCORRENTE. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO. PRELIMINAR AFASTADA. RÁDIO COMUNITÁRIA. ATIVIDADE SEM FINS LUCRATIVOS E DE RELEVANTE PAPEL SOCIAL (LEI N. 9.612/1998). COBRANÇA DA RETRIBUIÇÃO AUTORAL QUE PODE INVIABILIZAR O DESENVOLVIMENTO DA ATIVIDADE. RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO PATRIMONIAL DO AUTOR EM FACE DO INTERESSE PÚBLICO. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Inocorre cerceamento de defesa, em decorrência do julgamento antecipado da lide, quando os documentos acostados ao processo bastarem para a elaboração da sentença, nos termos do artigo 330, I, do Código de Processo Civil. "Muito embora não se desconheça a necessidade de resguardo ao direito patrimonial do autor, a sistemática atualmente existente e dirigida pelo ECAD, de cobrança das chamadas retribuições autorais, pode inviabilizar o funcionamento das rádios comunitárias, que, de utilidade pública, desenvolvem atividades de relevância para a comunidade (educação, cultura, lazer, integração). Por isso, neste conflito de valores, o direito patrimonial do autor deve ser relativizado diante do interesse público de existência e manutenção dessas entidades sem fins lucrativos" (Desembargador Henry Petry Júnior). (388719 SC 2008.038871-9, Relator: Luiz Carlos Freyesleben, Data de Julgamento: 29/03/2010, Segunda Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de Urussanga) (grifei)

E mais:

> DIREITOS AUTORAIS. RÁDIOS COMUNITÁRIAS.
> 1. As rádios comunitárias operadas em baixa potência, sem objetivo de lucro, por associações e fundações locais (art. 1º, Lei n. 9.612/98), priorizando em sua programação fins educativos, artísticos, culturais, informativos e de promoção da cultura comunitária (art. 221, I-II, CF c/c arts. 3º, I-V, e 4º, I-IV, Lei 9.612/98), ao exporem ao público composições musicais por radiodifusão não se sujeitam ao pagamento, ao ECAD, dos direitos patrimoniais dos autores das obras intelectuais (arts 28, 68, § 4º e 99, Lei n. 9.610/98).
> 2. Recurso desprovido. (TJSC, AC n. , Des. Rel. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Terceira Câmara de Direito Civil, de 01/07/2008).

Colaciono ainda decisões do STJ:

> RECURSO ESPECIAL. COBRANÇA DE DIREITOS AUTORAIS. ESCRITÓRIO CENTRAL DE ARRECADAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO-ECAD. EXECUÇÕES MUSICAIS E SONORIZAÇÕES AMBIENTAIS. EVENTO REALIZADO EM ESCOLA, SEM FINS LUCRATIVOS, COM ENTRADA GRATUITA E FINALIDADE EXCLUSIVAMENTE RELIGIOSA.
> I - Controvérsia em torno da possibilidade de cobrança de direitos autorais de entidade religiosa pela realização de execuções musicais e sonorizações ambientais em escola, abrindo o Ano Vocacional, evento religioso, sem fins lucrativos e com entrada gratuita.
> II - Necessidade de interpretação sistemática e teleológica do enunciado normativo do art. 46 da Lei n. 9610/98 à luz das limitações estabelecidas pela própria lei especial, assegurando a tutela de direitos fundamentais e princípios constitucionais em colisão com os direitos do autor, como a intimidade, a vida privada, a cultura, a educação e a religião.
> III - O âmbito efetivo de proteção do direito à propriedade autoral (art. 5º, XXVII, da CF) surge somente após a consideração das restrições e limitações a ele opostas, devendo ser consideradas, como tais, as resultantes do rol exemplificativo extraído dos enunciados dos artigos 46, 47 e 48 da Lei 9.610/98, interpretadas e aplicadas de acordo com os direitos fundamentais.
> III - Utilização, como critério para a identificação das restrições e limitações, da regra do teste dos três passos ('three step test'), disciplinada pela Convenção de Berna e pelo Acordo OMC/TRIPS.
> IV - Reconhecimento, no caso dos autos, nos termos das convenções internacionais, que a limitação da incidência dos direitos autorais "não conflita com a utilização comercial normal de obra" e "não prejudica injustificadamente os interesses do autor".
> V - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.
> (REsp 964.404/ES, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 23/05/2011) (grifei)

> DIREITOS AUTORAIS. AÇÃO DE COBRANÇA. INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO. FESTA SEM FINS LUCRATIVOS. PRECEDENTES. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> - A execução de músicas em festejos promovidos por municipalidade sem intuito de lucro, direto ou indireto, não está sujeita ao pagamento de direitos autorias.
> - Recurso especial não conhecido.
> (REsp 112.449/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 17/09/1998, DJ 16/11/1998, p. 95)

> CIVIL. DIREITOS AUTORAIS. FESTAS POPULARES. PROMOÇÃO PELA MUNICIPALIDADE. INEXISTÊNCIA DE INTUITO DE LUCRO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA. PRECEDENTES. RESSALVA

> DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. CPC, ART. 557. RECURSO DESPROVIDO.
> I - Na linha do entendimento que se formou, não se pode cobrar direitos autorais pela retransmissão de músicas em festas populares promovidas pelas municipalidades, uma vez inocorrente a finalidade lucrativa.
> II - Em face da orientação predominante no âmbito das duas Turmas que compõem a Seção de Direito Privado deste Tribunal, plenamente justificável o julgamento de plano do recurso especial, nos termos do art. 557, CPC.
> (AgRg no Resp 209.979/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10/08/1999, DJ 13/09/1999, p. 70)
>
> AGRAVO. CIVIL. DIREITO AUTORAL. ECAD. ESPETÁCULOS PÚBLICOS GRATUITOS, COM MÚSICA "AO VIVO", PROMOVIDOS POR PREFEITURA MUNICIPAL. PAGAMENTO INDEVIDO. LEI N. 5.988/73. EXEGESE.
> I. Não é devido o pagamento de direitos autorais se os espetáculos "ao vivo" promovidos por prefeitura municipal eram gratuitos, ocorridos em festividade pública local. Precedentes do STJ.
> II. Ressalva do ponto de vista do relator.
> III. Fato anterior ao advento da Lei n. 9.610/98.
> IV. Agravo desprovido.
> (AgRg no REsp 540.524/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 16/02/2004, p. 270)

Portanto, no caso em comento, verifico que é destituída de razão a linha argumentativa traçada pelo apelante, mormente porque a parte ré/apelada comprovou fato impeditivo do direito do autor, nos termos do art. 333, II, do CPC, qual seja, a impossibilidade de se cobrar direitos autorais de rádio comunitária sem finalidade lucrativa, consoante explanado em linhas precedentes, tese que milita a favor da apelada, pelo que é medida salutar a manutenção do *decisum*.

Isto posto, em exame perfunctório, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço do Apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

É como voto.

Fortaleza, 19 de dezembro de 2011.

PROCESSO Nº 0087651-21.2006.8.06.0001/1 (2006.0004.8636-1/1)
Natureza: Apelação Cível.
Apelante: Companhia Energética do Ceará – COELCE.
Apelada: Diagnóstico p/ Imagem e Representações Ltda. - OMNIMAGEM
Ação de Origem: Indenização por Dano Moral e Material.
Local de Origem: 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza - Ceará.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes.

EMENTA: CIVIL. OSCILAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. OCORRÊNCIA. NEXO DE CAUSALIDADE. DANO MATERIAL CONFIGURADO. REPARAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DEVIDOS A PARTIR DO EVENTO DANOSO. PRECEDENTES DO STJ. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL. ATRIBUTOS LESADOS. NÃO INDICAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE DANO MORAL. 1. Trata-se de pedido de reparação moral e material por fornecimento de energia elétrica deficiente, com oscilações que causaram dano ao equipamento de exames da clínica médica apelada. 2. Reconhecido o nexo de causalidade pela deficiência do fornecimento de energia elétrica, que causou pane em aparelhos elétricos sensíveis utilizados para exames minuciosos, impõe-se o dever da reparação pelo dano material. 3. A correção monetária e os juros devidos pela condenação em dano material devem incidir a partir do evento danoso. Súmula nº 43 e Súmula nº 54, ambas editadas pelo STJ. 4. O dano moral a que faz jus a pessoa jurídica decorre de violação aos atributos de sua personalidade sobre a honra objetiva, o nome, a marca, a imagem, o segredo e a boa reputação da empresa, os quais, não sendo indicados, inviabilizam a reparação pleiteada. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de Apelação Cível nº 0087651-21.2006.8.06.0001/1 (2006.0004.8636-1/1), em que figuram as partes acima indicadas,

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em PROVER PARCIALMENTE o recurso de apelação de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do

Ceará S/A - COELCE contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 30ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, em procedimento ordinário de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais que a apelada promoveu contra a apelante – fls. 266/279.

A sentença atacada decidiu pela procedência parcial do pedido, condenando a promovida, aqui apelante, ao pagamento do valor de R$ 8.935,57 (oito mil novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos) a título de dano material – fls. 255/263.

Quanto aos fatos, a empresa promovente na ação original, aqui apelada, buscou reparação moral e material alegando deficiência no fornecimento de energia elétrica por parte da empresa apelante, cujas oscilações causaram defeitos nos aparelhos eletrônicos de última geração, utilizados na realização de exames de diagnósticos por imagem.

Aduziu ainda, a promovente, que os problemas ocorreram desde novembro de 2003, persistindo até o ajuizamento da ação e provocando inúmeras reclamações, as quais não obtiveram qualquer solução, causando os alegados danos moral e material. A empresa promovida, aqui apelante, negou existir defeito no fornecimento da energia, entretanto a sentença entendeu não ter havido dano de ordem moral, e condenou a concessionária COELCE no valor acima mencionado, reconhecendo a ocorrência do dano material.

Nas razões do recurso, a apelante alega a inexistência de nexo causal entre o dano ocorrido e qualquer ação por parte da concessionária, porquanto, pelas inspeções realizadas por solicitação da empresa apelada, não fora registrada as oscilações alegadas.

Alega ainda, a apelante, não ser obrigada a indenizar prejuízos decorrentes de demanda energética superior a 2,3 KV, como no presente caso, por força de resolução do órgão regulador – ANEEL, cabendo à empresa demandada providenciar proteção suplementar para suas instalações elétricas.

Destaca ainda, a apelante, os depoimentos tomados em juízo, os quais, em seu pensar, corroboram a ausência do nexo causal pela inexistência das oscilações, concluindo, então, que não cabe o dever de indenizar, porquanto a empresa apelada não comprovou os prejuízos alegados.

Aduz a apelante sobre a incidência dos juros e correção monetária, os quais, a seu ver, devem iniciar-se a partir da citação por tratar apenas de condenação em dano material. Além disso, assevera a apelante que o ônus sucumbencial deve reverter contra a empresa promovente, aqui apelada, por ter a apelante decaído da mínima parte do pedido, ou, alternativamente, que se reconheça a sucumbência recíproca, e seja distribuído proporcionalmente o ônus daí decorrente. Requer, finalmente, o provimento do recurso.

Contrarrazões do apelado, afirmando a necessidade da manutenção da sentença "em toda sua extensão e plenitude". Para tanto, alega inicialmente que o valor da causa restringe-se ao prejuízo material, porquanto a quantia registrada a título de dano moral foi apenas sugerida, sem implicar em modificação da sentença para distribuição do ônus sucumbencial.

Assevera o apelado, que os juros devidos pela condenação devem incidir a partir do evento danoso, como já decidido pela Corte Superior de Justiça. Reafirma a ocorrência do dano material, devidamente comprovada pela documentação apresentada, mormente o pedido administrativo para ressarcimento do dano, negado pela concessionária.

Destaca também, a empresa apelada, os depoimentos tomados em juízo, os quais, em sua visão, reiteram a ocorrência do prejuízo. A seguir, a empresa apelada renova pedido de apreciação sobre a existência do dano moral sofrido por ela, alegando, para tanto, o cancelamento de exames, a compra de materiais danificados e a irresignação dos clientes, cuja insatisfação caracteriza o constrangimento sofrido pelo fato, esperando reparação pelo valor sugerido a princípio.

Requer, ao final, que o recurso não seja conhecido, ou, alternativamente, sendo conhecido que se negue provimento mantendo-se a sentença, mas acrescentando condenação a título de dano moral.

Desnecessária a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça a teor do artigo 53 do RITJCE.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso de apelação por parte da Companhia Energética do Ceará S/A – COELCE, em face da decisão judicial de primeiro grau que condenou a apelante ao pagamento de indenização por danos materiais pelo fornecimento irregular de energia à clínica médica apelada, danificando aparelhos eletrônicos sensíveis com prejuízos no valor de R$ 8.935,57 (oito mil novecentos e trinta e cinco reais e cinquenta e sete centavos).

Inicialmente, entendo presentes os requisitos para interposição do recurso, ensejando seu conhecimento.

Pelos fatos depreende-se que desde novembro de 2003 a concessionária de energia estadual não conseguiu fornecer energia de forma satisfatória ao bom funcionamento da aparelhagem utilizada pela empresa apelada.

A intensa correspondência mantida entre as empresas, constituída por reclamações da clínica médica para com a concessionária, denota que, efetivamente, o fornecimento de energia a que se obrigou a apelante não se deu de forma eficiente, provocando oscilações que deram causa aos danos sofridos pela empresa apelada.

Aduz a concessionária a inexistência do nexo causal entre o dano e o fornecimento de energia, porquanto não houvera a oscilação apontada, concluindo, então, não ser obrigada a ressarcir o prejuízo alegado.

Para tanto, assevera que a empresa apelada não comprovou dito nexo, uma vez que seus relatórios não registram picos de energia ou queda de fornecimento

capazes de ensejar o dano apontado.

Nesta toada, entendo que a empresa concessionária também não comprovou o contrário, ou seja, que a energia fornecida não tenha qualquer relação com o dano verificado.

O relatório apresentado, sem registro da ocorrência da oscilação reclamada, foi produzido de forma unilateral, e não me parece fadado a comprovar a ausência do nexo apontado, uma vez que até o senso comum indica que a queima de aparelhos elétricos sempre decorre da variação de energia a que foi submetido.

Observe-se ainda o ramo de atividade da empresa apelada, cujo equipamento, de extrema sensibilidade, exige demanda de energia com boa estabilidade para realização de exames clínicos.

Por outro lado, as visitas da concessionária ao hospital para acompanhamento do problema e suas inciativas para resolvê-lo, além do pedido administrativo para ressarcimento do dano, demonstram conhecimento das falhas na demanda da energia fornecida.

Portanto, verificando que a sentença vergastada pautou-se pela análise cuidadosa da documentação apresentada, além de considerar os depoimentos tomados em juízo, é de se reconhecer o nexo de causalidade entre a atuação deficiente da concessionária no fornecimento da energia e o efetivo prejuízo sofrido pela empresa apelada, devendo ser mantida a condenação pelo dano material como explanado naquela decisão.

Alega ainda, a apelante, não ser responsável por prejuízos causados pelo fornecimento a partir de determinada demanda, de acordo com resolução do órgão regulador.

Ora, o dever de indenizar decorre de lei. É o que se observa pelo artigo 186 do Código Civil. Ademais, como bem colocado pela sentença atacada, a atuação positiva das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas de direito privado prestadoras de serviço público que, nessa qualidade, causarem dano a terceiros responderão pelo prejuízo, como dispõe o parágrafo 6º do artigo 37 da Constituição Federal.

Ou seja, o preceito estabelece que o simples exercício da função pública causadora do dano prescinde da prova de culpa ou dolo de quem a ensejou, caracterizando a responsabilidade objetiva do estado.

Assim, havendo o reconhecimento do nexo entre a atividade estatal e o prejuízo causado, a lei impõe o dever de indenizar. Não se mostra aceitável que uma simples resolução do órgão regulador deva se sobrepor a um mandamento constitucional, limitando tal obrigação.

Quanto à alegação da empresa apelante sobre a sucumbência, entendo não proceder. Assiste razão à empresa apelada ao referir-se à impossibilidade de incluir, no pedido, o valor do dano moral. Observe-se que a quantia definida na petição inicial da autora da ação, aqui apelada, foi ofertada a título de sugestão, como destacado pela própria autora.

Não caracteriza sucumbência a condenação em dano moral inferior a valores pedidos ou sugeridos, como já decidido pela Corte Superior de Justiça, que emitiu a súmula nº 326 como expresso adiante:

> "Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."

Depreende-se então que, se o valor a menor não caracteriza sucumbência, tanto mais a ausência de condenação, como no presente caso.

A Corte Superior de Justiça entendeu que o valor do dano moral não é suscetível de avaliação monetária, como se depreende do julgado adiante reproduzido:

> "Ementa: Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.
> - O dano moral corresponde, em nosso sistema legal, à lesão a direito de personalidade, ou seja, a bem não suscetível de avaliação em dinheiro. […]". (REsp 1032014/RS; Rec. Esp. 2008/0033686-0; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão: 3ª T; Julg. 26/05/2009; Fonte DJe 04/06/2009; RSTJ vol. 215 p. 466).

Portanto, não procede a argumentação da apelante sobre o decaimento mínimo da ação, porquanto o pedido restringiu-se ao prejuízo material, como limitado no valor da causa, cuja sentença, embora tenha, inadvertidamente, se referido ao decaimento da pretensão inaugural, condenou acertadamente a empresa promovida, aqui apelante, ao ônus da sucumbência.

Sobre o marco inicial para incidência dos juros e da correção monetária, pretende a empresa apelante que tal se dê a partir da citação a teor do que dispõe o artigo 405 do Código Civil. Ao contra-arrazoar o recurso, a empresa apelada pretende a aplicação da súmula nº 54 emitida pelo STJ, que prevê a incidência dos juros a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

O ponto controvertido diz respeito, também, ao artigo 398 do Código Civil, e constitui o fundamento legal da súmula mencionada.

A obrigação de indenizar decorre do artigo 186 do Código Civil, que estipula como ato ilícito a ação ou omissão voluntária e a negligência ou imprudência que viole direito ou cause dano a outrem. Ou seja, o ato praticado em desacordo com a ordem jurídica causa dano patrimonial e/ou moral a alguém, criando o dever de repará-lo independentemente de culpa, nos casos previstos em lei, ou se a natureza da atividade do causador do dano implicar em risco (vide art. 927, CC).

Os juros daí advindos serão devidos de acordo com a previsão legal para os casos específicos de constituição em mora para as diversas espécies de responsabilidade.

A esse respeito reproduzo adiante comentários sobre o artigo 405 do Código Civil, emitidos por Hamid Charaf Bdine Jr. em 'Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência':

> "O presente artigo teve sua redação modificada em relação ao seu correspondente no Código revogado, que só se referia à citação como termo inicial dos juros para as obrigações ilíquidas. Essa alteração tem levado alguns autores a considerar que todas as obrigações, líquidas ou não, só estão sujeitas aos juros de mora a contar da citação. No entanto, a afirmação merece algumas reflexões. Os juros de mora são devidos em razão do atraso no cumprimento da obrigação, como está anotado nos comentários ao artigo seguinte. Dessa forma, se a obrigação, líquida ou não, não for cumprida tempestivamente, na forma e no tempo devidos, os juros serão devidos desde o inadimplemento. Destarte, no caso do ato ilícito, a mora se verifica desde o momento em que ele é praticado (art. 398), no caso de obrigações positivas e líquidas, desde o termo previsto (art. 397) e, se não houver termo, desde a interpelação (art. 397, parágrafo único). Como se vê, há hipóteses em que a mora se verifica antes da citação, não havendo razão para que os juros só sejam contados dessa oportunidade, na medida em que o inadimplente já está em mora e conhece sua obrigação de saldar o prejuízo. A solução mais adequada, portanto, é concluir que o artigo em exame tem natureza geral, aplicando-se a todos os casos em que não houver regra expressa de constituição em mora – de que são exemplos os arts. 397, parágrafo único e 398." (Código Civil Comentado, Doutrina e Jurisprudência; Coordenador Cezar Peluzo; Ed. Manoel; Barueri, SP; 3ª ed.; 2009; pp. 421/422).

Conclui-se, então, pela aplicação do artigo 405 do CC, como regra geral, aos casos que não possuem determinação específica para o termo inicial de contagem de juros. Veja-se ainda o entendimento perfilhado pelo Conselho de Justiça Federal, cujo enunciado nº 163 foi aprovado na III Jornada de Direito Civil com o seguinte teor:

> "A regra do art. 405 do novo Código Civil aplica-se somente à responsabilidade contratual, e não aos juros moratórios na responsabilidade extracontratual, em face do disposto no art. 398 do novo Código Civil, não afastando, pois, o disposto na súmula 54 do STJ".

Também nessa esteira a interpretação doutrinária da súmula nº 54 do STJ, como reproduzida adiante:

> "Como, no dizer do art. 398 da lei civil, considera-se o devedor em mora desde a prática do ato ilícito, é deste mesmo momento que começam a contar os juros moratórios, pois a mora, aqui, é presumida, não se lhe aplicando a regra do art. 405, que manda contar os juros da citação, porque diz respeito à responsabilidade contratual." (Súmulas do Superior Tribunal de Justiça; Roberval Rocha Ferreira Filho e Albino Carlos Martins Vieira; Ed. Podivm; 2009; Salvador; p.105).

Por tudo quanto foi exposto, resta aferir se o dano decorreu de ilícito contratual, ou não, a ensejar a aplicação do artigo 405 do Código Civil, como pretende a empresa apelante.

No caso em comento, entendo que o fornecimento de energia elétrica deu-se de forma irregular, independente de qualquer vício contratual que provocasse o prejuízo alegado pela empresa apelada.

O fornecimento deficitário de energia, então, caracterizou ato ilícito, merecendo aplicabilidade do artigo 398 do Código Civil e a incidência da súmula nº 54 do STJ, devendo figurar como termo inicial para contagem dos juros devidos a data do evento danoso por ser a mora presumida, como explanado alhures.

Da mesma forma, a atualização da condenação através da correção monetária deve seguir orientação da Corte Superior de Justiça, como explanado adiante.

A princípio, quanto ao dano moral, de fácil verificação que a correção monetária deve incidir sobre a condenação como estabelecida na súmula nº 362 do STJ, que expressa o seguinte:

> "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento.".

A regra mencionada regulamenta casos específicos de dano moral, e reflete o entendimento da Corte Superior de Justiça sobre a atualização monetária dos valores arbitrados a título de condenação apenas de ordem moral.

Por outro lado, a condenação a título de dano material, como no presente caso, deverá seguir o regramento geral para estipulação da atualização monetária, também já estabelecida pela Superior Corte de Justiça através da súmula nº 43, a qual expressa o seguinte:

> "Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo.".

Ou seja, o entendimento fixado na súmula nº 362, contemplando apenas o dano moral, é exceção à regra geral estabelecida pela súmula nº 43, acima reproduzida, que regula os demais casos de incidência da atualização monetária sobre a condenação por ato ilícito, a qual deve retroagir à ocorrência do evento danoso.

Observe-se que a sentença de primeiro grau determinou a atualização e a correção monetária da condenação até o dia do efetivo pagamento, sem fixar o marco inicial de sua incidência, caracterizando omissão, aqui arguida pela empresa apelante.

Assim, conheço do recurso, neste tocante, para apreciar o pleito omitido pela sentença, mas nego provimento à pretensão da apelante definindo o marco inicial

dos juros e da correção monetária devidos pela condenação a partir do evento danoso, como acima justificado.

Atenho-me, agora, à pretensão da empresa apelada em suas contrarrazões, que insiste na ocorrência do dano moral.

Cediço que a pessoa jurídica também sofre dano moral. É o que estabelece a súmula nº 227 do STJ.

Entretanto, o artigo 52 do Código Civil estabelece o seguinte:

> "Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade".

Ou seja, embora a Constituição Federal tenha reconhecido o direito às pessoas jurídicas por ressarcimento em dano moral, como decorre do inciso V do artigo 5º, a lei ressalvou algumas possibilidades inerentes ao ser humano ao inserir a expressão "no que couber", porquanto nem toda ofensa reflete o mesmo agravo à personalidade jurídica.

Julgado do Tribunal Superior de Justiça, reproduzido acima, reforça o entendimento de que nem todos os agravos afeitos ao ser humano são aplicáveis à pessoa jurídica. Veja-se abaixo:

> "Ementa: Direito empresarial. Contrafação de marca. Produto falsificado cuja qualidade, em comparação com o original, não pôde ser aferida pelo Tribunal de Justiça. Violação da marca que atinge a identidade do fornecedor. Direito de personalidade das pessoas jurídicas. Danos morais reconhecidos.
> - […]; - Certos direitos de personalidade são extensíveis às pessoas jurídicas, nos termos do art. 52 do CC/02 e, entre eles, se encontra a identidade.; […]". (REsp 1032014/RS; Rec. Esp. 2008/0033686-0; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão: 3ª T; Julg. 26/05/2009; Fonte DJe 04/06/2009; RSTJ vol. 215 p. 466).

Por outro lado, a melhor doutrina tem procurado identificar ofensas capazes de produzir agravo à pessoa jurídica suficientes à impetração do dano moral, como reproduzido adiante:

> "... Mas, no nosso entender, as pessoas jurídicas têm direitos da personalidade, como o direito ao nome, à marca, à honra objetiva (RT, 776:195), à imagem, ao segredo, à boa reputação, etc., por serem entes dotados de personalidade pelo ordenamento jurídico – positivo." (Diniz, Maria Helena; comentário ao artigo 52; Código Civil Anotado; Ed. Saraiva; 14ª Ed.; São Paulo; 2009; p. 104).

Neste tocante, entendo que a sentença atacada primou pela correção ao frisar que a autora, aqui apelada, não indicou quais os atributos de sua honra objetiva

foram violados, nem informou se o crédito da empresa tenha sido abalado de forma contundente.

Ausente, ainda, qualquer manifestação sobre lesão à credibilidade social, à idoneidade empresarial, à potencialidade econômica ou à qualidade do fundo de comércio da empresa que justifique a ocorrência do dano moral pleiteado.

Limitou-se a empresa a informar o desatendimento de alguns clientes e o cancelamento de alguns exames, sem informar se tais consultas foram efetivadas posteriormente, como é praxe em tais situações, o que não lhe causaria maiores dissabores, ou prejuízo.

Pretende a apelada inserir o gasto com hora extra de funcionários e a compra de aparelhos danificados como prejuízo moral, quando a renovação do equipamento consistiu no fundamento do dano material, e a ocorrência de despesa suplementar com o funcionamento além do horário decorre do risco da atividade comercial, inerente àquele que se propõe a exercê-la.

Entendo, assim, que se impõe a manutenção da sentença, neste tocante, porquanto não procedem os argumentos apresentados para ensejar pagamento a título de reparação moral.

Portanto, conheço do recurso, por entender presentes os requisitos de admissibilidade, mas DOU PROVIMENTO PARCIAL ao apelo somente no que diz respeito à incidência dos juros e correção monetária sobre o ônus da sucumbência, que devem incidir a partir do evento danoso, mantendo incólume a sentença quanto à ocorrência do dano material e quanto ao valor arbitrado, por se configurar adequado à situação lesiva causada pela apelante, sem, entretanto, reconhecer a existência do dano moral na forma pretendida pela empresa apelada.

É como voto.

Fortaleza, 28 de Março de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 953-95.2007.8.06.0101/1
Apelante: HOMINE SERVIÇOS DE QUALIFICAÇÃO E EDUCAÇÃO BÁSICA LTDA.
Apelado: PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA
Relator: DESEMBARGADOR VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO PÚBLICA. PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO REJEITADA. AUSENTE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. EXIGÊNCIAS EDITALÍCIAS LEGAIS E NÃO DISCRIMINATÓRIAS.

Não há falar em perda de objeto quando ocorre superveniente adjudicação, homologação ou assinatura de contrato, vez que eventuais ilegalidades no procedimento licitatório, passíveis de nulidade, atingem as etapas subsequentes do certame, tornando-as também nulas, evitando-se, assim, a convalidação administrativa de possíveis arbitrariedades sem o controle do Judiciário.

O direito líquido e certo é próprio do procedimento do mandado de segurança e deve ser demonstrado através de prova documental pré-constituída. No caso em apreço, o Boletim de Ocorrência não serve como prova determinante, pois se trata de documento unilateral sem força probante.

As exigências contidas no edital licitatório não se mostram abusivas ou discriminatórias, posto que são compatíveis com as atividades a serem contratadas, razão pela qual não desrespeitam o princípio da igualdade entre os concorrentes.

Cláusulas restritivas que têm amparo legal no art. 30 da Lei nº 8.666/93 e na Constituição Federal (art. 37).

Recurso conhecido e improvido. Sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 953-95.2007.8.06.0101/1, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante HOMINE SERVIÇOS DE QUALIFICAÇÃO E EDUCAÇÃO BÁSICA LTDA. e apelado PRESIDENTE DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO DO MUNICÍPIO DE ITAPIPOCA,

ACORDA a Turma Julgadora da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em votação unânime, em conhecer do recurso, mas para negar provimento, mantendo a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposta por Homine Serviços de Qualificação e Educação Básica Ltda., visando à reforma da sentença do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca (fls. 88/92), que indeferiu a segurança pleiteada movida pelo recorrente sede de Mandado de Segurança em desfavor do apelado, Presidente da Comissão de Licitação do Município de Itapipoca.

Aduz a impetrante, na peça inaugural (fls. 03/17), que lhe foi negado acesso ao Edital de Concorrência Pública nº 09/16/01/CP em tempo hábil, bem assim a impressão do boleto para pagamento da taxa do respectivo edital, restando a mesma prejudicada, pois ficou impossibilitada de participar do certame em condições iguais com os demais concorrentes. Sustenta que o mencionado edital conteria vícios, porquanto comporta exigências ilegais, nitidamente discriminatórias e direcionadas, tais sejam, de registro no Conselho de Educação do Ceará (CEC) e de quadro de pessoal com número de instrutores compatíveis com a quantidade de cursos ofertados. Pleiteia liminarmente a suspensão da licitação, bem assim a retirada dos itens 5.4.2 e 5.4.3 do edital.

O Juiz *a quo* inicialmente deferiu a liminar, em sede de interlocutória, entendendo malferimento aos princípios da publicidade e da isonomia, determinando a imediata suspensão do certame, previsto para 07.07.2009, até o julgamento final da lide, sob pena de multa diária, restando a ordem frustrada conforme certidão de fls. 70.

A autoridade impetrada apresentou informações (fls. 72/76), contestando os argumentos da impetrante, defendendo a legalidade do procedimento licitatório e alegando que as exigências são necessárias face à peculiaridade dos serviços a serem contratados.

O órgão ministerial da Comarca de Itapipoca opinou pela denegação da medida (fls. 81/86).

Sobreveio a sentença de primeiro grau (fls. 88/92) de indeferimento da segurança pleiteada, sob o fundamento de que 1) não há prova pré-constituída necessária para obstar o ato supostamente abusivo, vez que o B.O. não tem força probante determinante; 2) a exigência de determinadas qualificações técnicas não configuram, por si só, cláusula com conteúdo discriminatório e, no caso em liça, os requisitos do edital não violam o princípio da igualdade, pois são compatíveis com a natureza e a finalidade do procedimento licitatório.

Inconformada com o decisum, a impetrante apresentou a presente apelação (fls. 102/111), na qual reitera os argumentos expendidos na peça inicial, requerendo a anulação da sentença de primeiro grau e, consequentemente, do certame licitatório.

Contrarrazões do apelado (fls. 118/122), nas quais aduz, primeiramente, perda do objeto, porquanto já houve a homologação da licitação, a adjudicação do objeto, a contratação da empresa vencedora e o início do serviço. No mérito, nega que

à recorrente tenha sido indisponibilizado o edital, bem como que teria sido a mesma prejudicada, posto que teve tempo suficiente para impugnar o edital, apresentar propostas e suspender o certame. Salienta que a qualificação técnica exigida tem suporte no art. 30, I e § 1º da Lei nº 8.666/93, e que as exigências editalícias se fazem necessárias vez que a empresa vencedora terá que expedir diplomas de capacitação aos alunos participantes dos cursos ministrados e, sem o necessário registro no CEC, tal restaria inviável. Quanto ao quadro de pessoal, arrazoa que não fez exigência máxima ou mínima de números, mas tão somente que seja compatível com o serviço a ser executado.

Remetidos os autos a este c. Tribunal de Justiça, foram distribuídos à e. Desa. Maria Iracema do Vale Holanda (08.01.2010).

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do recurso (fls. 148/152).

Em seguida, foram a mim redistribuídos aos 28.04.2011, por força da Portaria nº154/2011, tendo proferido despacho determinando a intimação do Município de Itapipoca para apresentar as contrarrazões ao recurso apelatório, haja vista que as constantes dos autos foram apresentadas pela autoridade coatora (fls. 161/164).

Contrarrazões apresentadas pelo Município de Itapipoca às fls. 166/170, em termos idênticos daquelas apresentadas anteriormente pela autoridade coatora.

Vieram-me os autos conclusos aos 05.09.2011.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 10 de Janeiro de 2012.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

No arrazoado inaugural, alega a impetrante que não teve acesso ao edital nº 09/16/01/CP em tempo hábil, restando prejudicada no seu direito de participar do certame em condições de igualdade com os concorrentes, aduzindo ainda a existência de exigências ilegais quanto à qualificação técnica.

O magistrado singular indeferiu a segurança pleiteada, entendendo inexistir prova pré-constituída de eventual direito líquido e certo da impetrante, bem assim por não restar configurado qualquer abuso ou ilegalidade nas exigências editalícias. Reiterados os argumentos iniciais em sede de apelação e rebatidos pelo apelado, o qual arguiu ainda perda superveniente do objeto.

DA PRELIMINAR DE PERDA DO OBJETO

A alegação de perda do objeto face à superveniente adjudicação, homologação e contratação não merece amparo. Como bem asseverou a ilustre

Procuradora de Justiça em parecer exarado às fls. 148/152, caso se acatasse a alegada perda do objeto estar-se-ia convalidando eventuais arbitrariedades sem intervenção do Poder Judiciário, o que não se admite, sendo este inclusive o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementa colacionada no douto parecer.

Na verdade, não há falar em perda de objeto quando ocorre superveniente adjudicação, homologação ou assinatura de contrato, vez que eventuais ilegalidades no procedimento licitatório, passíveis de nulidade, atingem as etapas subsequentes do certame, tornando-as também nulas, evitando-se, assim, a convalidação administrativa de possíveis arbitrariedades sem o controle do Judiciário.

Ultrapassada, pois, a preliminar.

DO MÉRITO

Duas são as irresignações da recorrente: 1) afronta aos princípios da publicidade e da isonomia, sob o pálio de que não tivera acesso em tempo hábil ao edital de concorrência pública, em pé de igualdade com os demais concorrentes; 2) ilegalidade nas exigências relativas à qualificação técnica dos concorrentes, constantes dos itens 5.4.2 e 5.4.3 do edital.

1 - A primeira alegação não parece razoável, nem resta devidamente comprovada. Como bem fundamentou o Juízo a quo, o "Boletim de Ocorrências não tem força, pela sua própria natureza, de prova documental". É que o B.O. consiste em declaração unilateral perante autoridade policial, sem o compromisso prestado. Assim, não tem força probante determinante.

Tratando-se de mandado de segurança, a necessidade de apresentação da prova pré-constituída é essencial para provar o ato ilegal ou abusivo contra direito líquido e certo do impetrante. Isso porque, na lição de Bruno Garcia Redondo, "a dilação probatória é incompatível com a celeridade do procedimento especial do mandado de segurança." (in Mandado de Segurança – Comentários à Lei 12.016/2009, Rio de Janeiro, Forense, 2009)

Nessa linha, impende destacar a lição de José Carlos Barbosa Moreira:

> "Para fins de mandado de segurança, para a feição do cabimento desse remédio, trata-se de saber se os fatos, ou o fato de que se originou o alegado direito, comportam, ou não, a demonstração mediante apresentação apenas da prova documental pré-constituída. É esse o sentido último, é esse o resultado final que se chega quando se analisa a exigência de que exista um direito líquido e certo. A exigência é, na verdade, a de que o fato de que se afirma ter nascido esse direito seja suscetível de comprovação mediante documento pré-constituído."

Assim, se o B.O. não tem força para conferir comprovação da violação do direito líquido e certo da impetrante, não se pode dizer que há prova pré-constituída no

presente caso.

Demais disso, o fato da recorrente ter participado do certame, ter tentado provocar administrativamente o cancelamento da licitação (fls. 26/30), ter tido deferida liminarmente, mediante decisão interlocutória, a suspensão do ato, tudo isto denota que, mesmo que tenha havido eventual irregularidade na disponibilização do edital, a alegada exiguidade do tempo não feriu de morte seu direito de concorrer ao certame.

2 - Por sua vez, a segunda alegação me parece objeto de impugnação de forma mais contundente pela recorrente. Aduz a mesma que são ilegais e abusivas as exigências editalícias constantes nos itens 5.4.2 e 5.4.3, sendo seu pedido principal a retirada dos mesmos do referido edital.

Rezam os mencionados itens:

> – QUALIFICAÇÃO TÉCNICA
>
> – Registro da entidade no Conselho de Educação do Ceará (CEC), dentro do prazo de validade.
>
> - Comprovar através de Ficha de Registro de Empregados que possui em seu quadro de pessoal instrutores compatíveis com a quantidade de cursos do objeto da licitação.

De logo se conclui que o cerne da discussão ora travada reside em saber se as cláusulas acima transcritas constituem ou não uma ilegalidade, remediável por meio de mandado de segurança.

Alude a impetrante que referidas exigências têm cunho discriminatório e que são direcionadas para as grandes empresas, restringindo a competitividade entre os concorrentes, além de serem de difícil cumprimento e não terem amparo legal.

A princípio, é salutar arrazoar que a exigência de determinadas qualificações técnicas não configura, por si só, conteúdo de cunho discriminatório, sendo necessário averiguar o caso em concreto.

Quanto à exigência de registro do concorrente no CEC, afirma a impetrante que as Resoluções 390/2004 e 413/2006, emanadas do próprio Conselho, não comportam referido requisito e que, portanto, a exigência editalícia fere o princípio constitucional da legalidade.

No entanto, a lei nº 8.666/93, em seu art. 30, quando disciplina acerca da qualificação técnica, estabelece:

> Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
> I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
> II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação,

> bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
> § 1º - omissis
> I – capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos.

Portanto, denota-se que a Lei nº 8.666/93 estabelece, quanto à documentação da qualificação técnica, a necessidade de registro ou inscrição na entidade profissional competente, no caso em tela, no CEC, o que não comprovou a recorrente.

Com efeito, a restrição é ainda permitida pelo ordenamento constitucional pátrio:

> CF/88, Art. 37. (…) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifei)

Porém, regulando as exigências contidas nos editais licitatórios, o art. 3º, § 1º, I, da Lei de Licitações dispõe que:

> "§ 1º É vedado aos agentes públicos:
>
> I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato".

Em outras palavras, significa dizer que qualquer exigência que implique preferência ou distinção em benefício ou em prejuízo de determinados licitantes, somente será válida se for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato.

Importante ressaltar o objeto do certame público:

1.0 – DO OBJETO

> O objeto da presente licitação é a contratação de pessoa jurídica para implantar e executar o PROJOVEM TRABALHADOR do programa Juventude Cidadã neste Município, através da Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social.

No caso em comento, a prestação de serviços contratada consiste na administração de cursos de capacitação de alunos – implantação do programa Projovem Trabalhador – programa Juventude Cidadão do Município –, para os quais serão disponibilizados diplomas, sob pena de restarem inabilitados para o mercado de trabalho.

Assim, não se me figura abusiva ou ilegal a exigência de registro no Conselho de Educação do Ceará, mas bastante razoável diante da natureza da atividade a ser desenvolvida pelo vencedor do certame.

É necessário que a Administração Pública unicamente motive a opção e que a escolha efetuada tenha real pertinência e razoabilidade com a consecução da obra ou serviço a ser contratado.

No que se refere à segunda exigência, também não encontram respaldo as alegações da recorrente. Por razões semelhantes e óbvias, é perfeitamente lícito que se exija quadro de pessoal compatível com a quantidade de cursos disponibilizados.

Ainda no quesito da qualificação técnica, a lei 8.666/93 veda a exigência de quantidade mínima no quadro de pessoal. Ocorre que tal exigência não consta do edital, senão apenas que o quadro de pessoal seja capacitado e compatível com o serviço a ser contratado. De modo que não foram exigidos documentos além daqueles mencionados na lei.

Portanto, não me parecem ilegais ou abusivas as exigências do edital quanto à qualificação técnica, não havendo qualquer indício de direcionamento para empresa A, B ou C.

Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital, conforme expresso no art. 41 da Lei nº 8.666/93, não podendo a Administração descumprir as normas contidas no mesmo.

Assim, se o edital faz a exigência de apresentação de determinado documento, não pode a Administração supri-lo com outro, sob pena de privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.

Nesta linha, o posicionamento do STJ:

> RECURSO ESPECIAL - ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO PÚBLICA - SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO - EDITAL - ART. 30, II, DA LEI N. 8.666/93 - EXIGÊNCIA DE CAPACITAÇÃO TÉCNICA E FINANCEIRA LÍCITA - ART. 57, II, DA LEI N. 8.666/93 - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE

FORMA CONTÍNUA - PATRIMÔNIO LÍQÜIDO MÍNIMO - DURAÇÃO DO CONTRATO FIXADA *AB INITIO* EM 60 MESES - ILEGALIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO EM PARTE.

É certo que não pode a Administração, em nenhuma hipótese, fazer exigências que frustrem o caráter competitivo do certame, mas sim garantir ampla participação na disputa licitatória, possibilitando o maior número possível de concorrentes, desde que tenham qualificação técnica e econômica para garantir o cumprimento das obrigações.

Dessarte, inexiste violação ao princípio da igualdade entre as partes se os requisitos do edital, quanto à capacidade técnica, são compatíveis com o objeto da concorrência.

"O prequestionamento diz com a adoção de tese pelo voto condutor e não com o conteúdo do "voto vencido". Se a posição majoritária foi explicitada em voto, com considerações genéricas, carecedoras de objetividade, e ainda, sem indicação dos dispositivos legais pertinentes, os embargos de declaração deveriam ter sido opostos (Súmulas n. 282 e 356-STF e 98-STJ)" (REsp 182.370/AC, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 18.12.1998).

Apesar dos § § 2º e 3º do artigo 31 da Lei de Licitações disporem que a Administração, na execução de serviços, poderá estabelecer, no instrumento convocatório da licitação, a exigência de patrimônio liqüído mínimo que não exceda a 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação, na hipótese dos autos essa exigência é ilegal, pois o valor do patrimônio líqüido mínimo previsto no edital foi calculado com base na prestação do serviço pelo período inicial de 60 (sessenta) meses, contrariamente ao que dispõe o artigo 57, inciso II, da Lei 8.666/93.

Recurso especial provido em parte.

(REsp 474.781/DF, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003, p. 297)

RECURSO ESPECIAL - MANDADO DE SEGURANÇA - LICITAÇÃO - ARTIGO 30, II, § 1º DA LEI N. 8.666/93 - CERTIFICAÇÃO DOS ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA - AUSÊNCIA DE REGISTRO NO CREA - VIOLAÇÃO À LEI DE LICITAÇÃO.

O artigo 30, inciso II, § 1º da Lei de Licitações, determina a comprovação de aptidão técnica, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente.

In casu, porém, a empresa recorrida foi excluída de processo licitatório, na fase de habilitação, por não ter registrado no CREA o atestado, fornecido por pessoa jurídica de direito privado, que comprovava a execução de estrutura metálica com vão livre superior a vinte metros, conforme determinava o Instrumento Editalício.

É certo que o edital pode estabelecer exigências que particularizem as diretrizes elencadas pela lei, para que seja realmente aferida a capacidade técnica e operacional das empresas candidatas à execução da obra ou

serviço. Não se pode, todavia, admitir a faculdade de excluir disposições legais que têm por finalidade justamente a garantia das informações apresentadas pelas licitantes por órgão oficial.
A presunção de autenticidade de documento fornecido por empresa particular é meramente iuris tantum e cede em face de lei que determina a certificação por entidade profissional, com status de representante da categoria e, portanto, em condições de aferir questões alusivas à capacitação técnica. (grifei)
Recurso especial provido.
(REsp 324.498/SC, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2004, DJ 26/04/2004, p. 158)

ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PREGÃO. PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. REQUISITO DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NÃO CUMPRIDO. DOCUMENTAÇÃO APRESENTADA DIFERENTE DA EXIGIDA.
1. A Corte de origem apreciou a demanda de modo suficiente, havendo se pronunciado acerca de todas as questões relevantes. É cediço que, quando o Tribunal *a quo* se pronuncia de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, não cabe falar em ofensa ao referidos dispositivos legais. Saliente-se, ademais, que o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.
2. O Tribunal de origem entendeu de forma escorreita pela ausência de cumprimento do requisito editalício. Sabe-se que o procedimento licitatório é resguardado pelo princípio da vinculação ao edital; esta exigência é expressa no art. 41 da Lei n. 8.666/93. Tal artigo veda à Administração o descumprimento das normas contidas no edital. Sendo assim, se o edital prevê, conforme explicitado no acórdão recorrido (fl. 264), "a cópia autenticada da publicação no Diário Oficial da União do registro do alimento emitido pela Anvisa", este deve ser o documento apresentado para que o concorrente supra o requisito relativo à qualificação técnica. Seguindo tal raciocínio, se a empresa apresenta outra documentação - protocolo de pedido de renovação de registro - que não a requerida, não supre a exigência do edital.
3. Aceitar documentação para suprir determinado requisito, que não foi a solicitada, é privilegiar um concorrente em detrimento de outros, o que feriria o princípio da igualdade entre os licitantes.
4. Recurso especial não provido.
(REsp 1178657/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2010, DJe 08/10/2010)

Como se infere, no caso em comento, além de não restar evidenciado nestes autos as alegadas abusividade, ilegalidade, discriminação ou direcionamento, inexiste o

direito líquido e certo necessário à nulidade da licitação.

Cito:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

> LICITAÇÃO. FASE DE HABILITAÇÃO. COMPROVAÇÃO DOS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA.
> 1. Se a licitante não demonstrou, da forma prevista no Edital de convocação, o cumprimento dos requisitos relativos à qualificação técnica, não tem direito líquido e certo a ser habilitada no certame.
> 2. Recurso ordinário a que se nega provimento.
> (RMS 18.240/RS, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 30/06/2006, p. 164)

Por todo o exposto, conheço do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo in totum a sentença atacada.

É como voto.

Fortaleza, 10 de janeiro de 2012.

.

Agravo de instrumento

PROCESSO Nº 0100176-96.2010.8.06.0000
TIPO DO RECURSO: Agravo de Instrumento c/ Ped. de Efeito Suspensivo
ORIGEM: Ação Revisional de Cláusulas Contratuais c/ Pedido de Antecipação de Tutela - 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza-CE
AGRAVANTE: CARLOS HENIO DE PAULA LUCENA
AGRAVADO: BANCO ITAUCARD S/A
RELATOR: Des. Váldsen da Silva Alves Pereira
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª Câmara Cível

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. DESCONTO DO VALOR INCONTROVERSO DAS PARCELAS. POSSIBILIDADE. RETIRADA DO NOME DA PARTE AUTORA DOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ESTABELECIDOS PELO STJ. RECURSO PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. Cogita-se de Agravo de Instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto contra decisão que deferiu, liminarmente, o pedido de antecipação de tutela requestado, que visava a nulidade cláusulas contratuais mediante a consignação judicial das parcelas, mas referente aos valores incontroversos, ou seja, que a agravante entende devidos, somados aos controversos, cobrados originariamente no contrato.

2. A jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entende que o cancelamento ou a abstenção da inscrição do nome do inadimplente, nos órgãos de proteção ao crédito, somente pode ser condicionada à existência concomitante de três elementos, dentre eles o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea à critério do Magistrado.

3. Desta feita, deve ser condicionado o deferimento da liminar requestada ao depósito, apenas, do valor incontroverso das parcelas avençadas, já que o depósito do valor entendido por devido e portanto não contestado, já basta para o deferimento do pedido em questão, ainda mais se o valor das parcelas contratuais está sendo discutido em juízo.

4. Além da interposição da ação revisional, o agravante se utilizou de meio lícito e idôneo para afastar os efeitos da mora, que no caso, consiste na pretensão de depositar em juízo os valores incontroversos das parcelas, o que comprova a existência de verossimilhança.

5. Esta e. Corte tem se afiliado à linha de pensamento que entende que a discussão do débito já é motivo suficiente para possibilitar o depósito somente do valor incontroverso, garantindo ao devedor a purgação da mora, bem como as consequências fáticas e jurídicas decorrentes deste ato.

6. Recurso provido. Decisão modificada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0100176-96.2010.8.06.0000 em que figuram como partes os acima indicados.

ACORDA a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer do presente recurso de Agravo de Instrumento, e dar-lhe provimento, nos termos do voto do desembargador Relator.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

No tocante ao *fumus bonis iuris* e *periculum in mora*, adoto o mesmo posicionamento d. juízo *a quo*.

No entanto, em análise à exordial, verifico que a irresignação da agravante merece guarida. Uma vez que o magistrado estendeu a medida, em determinar o depósito das parcelas vencidas e vincendas nos valores incontroversos e controversos.

De modo diferente, entendo que a agravante deverá depositar somente as parcelas incontroversas, uma vez que esta e. Corte tem se filiado à linha de pensamento que entende que a discussão do débito já é motivo suficiente para possibilitar o depósito somente do valor incontroverso, garantindo ao devedor a purgação da mora, bem como as consequências fáticas e jurídicas decorrentes deste ato, senão vejamos:

> **PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE CRÉDITO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PROVIMENTO JURISDICIONAL QUE INDEFERIU PLEITO DE DEPÓSITO JUDICIAL ANTECIPADO DE VALORES INCONTROVERSOS PARA PURGAÇÃO DA MORA, BEM COMO NÃO PERMITIU QUE A INSTITUIÇÃO FINANCEIRA AGRAVADA SE ABSTEVESSE (sic) DE INCLUIR O NOME DO AGRAVANTE NO CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DECISÃO REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.**
>
> 1. Na hipótese em cotejo, a lesão grave encontra-se patente na decisão objurgada, pois tendo o douto Juízo primevo indeferido tutela antecipatória que versava sobre a consignação judicial de depósitos dos valores incontroversos, perdeu a oportunidade de realizar a purgação da mora e proteger os interesses das partes, perfazendo momentânea inutilidade o feito revisional.
>
> 2. A própria discussão judicial do débito é motivo para possibilitar o depósito mensal das importâncias entendidas como devidas, manter o agravante/ autor na posse do bem, assim como evitar o cadastramento do mesmo nos registros creditórios, pois se está discutindo o *quantum debeatur*. O contrário acarretaria tratamento desigual entre as partes, forçando o devedor a efetuar pagamento em quantia que o credor entende correta, ocasionando

> verdadeira forma de coação e constrangimento, que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico (art. 42 do CDC).
> 3. Destarte, denota-se perfeitamente razoável a antecipação dos efeitos da tutela para fins de determinar o depósito das parcelas contratuais em valor que o demandante entende devido, ainda que inferior ao efetivamente pactuado com a instituição financeira, porquanto a consignação não se reveste de caráter liberatório, não advindo disso qualquer prejuízo ao credor, uma vez que, se eventualmente, na sentença, houver diferença, em favor do credor, este poderá executá-la, somando-se-lhe juros de mora e correção monetária.
> 4. Agravo de Instrumento conhecido e provido. (TJCE, Agravo de Instrumento 14483201080600000, Desembargador Francisco Sales Neto, 1ª Câmara Cível, DJ em 03.02.2011).

Ademais, ressalto que a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça entende que o cancelamento ou a abstenção da inscrição do nome do inadimplente, nos órgãos de proteção ao crédito, somente pode ser condicionada à existência concomitante de três elementos, dentre eles o depósito da parte incontroversa ou a prestação de caução idônea à critério do Magistrado. Vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. REQUISITOS. - **A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: a) a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; b) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz.** - Agravo no recurso especial não provido. (AgRg no REsp 1185920/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 21/02/2011).

Desta feita, deve ser condicionado o deferimento da liminar requestada ao depósito do valor incontroverso das parcelas, já que o valor entendido por devido e portanto não contestado, já basta para o deferimento do pedido em questão, ainda mais se o valor das parcelas contratuais está sendo discutido em juízo.

Além da interposição da ação revisional, a agravante se utilizou de meio lícito e idôneo para afastar os efeitos da mora, que no caso, consiste em pretender depositar em juízo os valores reanalisados das parcelas, o que basta para comprovar a existência de verossimilhança no alegado. Observe-se:

> **AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTRATO DE FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - MANUTENÇÃO DO DEVEDOR NA POSSE DO BEM - POSSIBILIDADE - CONSIGNAÇÃO EM JUÍZO DOS VALORES INCONTROVERSOS - AFASTAMENTO DOS**

EFEITOS DA MORA - OCORRÊNCIA - PRECEDENTES - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1094712/MS, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 16/04/2009, Dje 29/04/2009).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CONTRATOS BANCÁRIOS - CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS - REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA - INCIDÊNCIA - SÚMULAS N. 05 E 07 DO STJ – PAGAMENTO DA DÍVIDA EM JUÍZO - AFASTAMENTO DA MORA *DEBENDI* - MANUTENÇÃO DA POSSE DO DEVEDOR - DEPÓSITOS INSUFICIENTES - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO - INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - REQUISITOS RECONHECIDOS PELO TRIBUNAL *A QUO* - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - DESPROVIMENTO. [...]
3 - **Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há óbice para o pagamento da dívida em juízo, a fim de afastar a mora *debendi*, mediante o deferimento de depósito judicial, ainda que em sede de ação revisional.** Inexistente, portanto, qualquer impedimento à manutenção da posse do devedor. Ademais, averiguar a suficiência ou não dos depósitos efetuados pelo recorrido ensejaria o exame do material probatório acostado aos autos, o que é vedado em sede de recurso especial, conforme enunciado da Súmula n° 7 desta Corte.
4 - Igualmente, tendo o Tribunal *a quo* entendido preenchidos os requisitos aptos a impedir a inclusão do nome do devedor em cadastro de proteção ao crédito, infirmar tal posicionamento também encontra óbice no enunciado sumular nº 7-STJ. [...]
6 - Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 815069/RS, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 12/09/2006, DJ 20/11/2006, p. 337).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE FINANCIAMENTO PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO. AÇÃO REVISIONAL C/C CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. MANUTENÇÃO DE POSSE DO BEM FINANCIADO. SERASA/SPC. EXCLUSÃO DO CADASTRO.
1 - É possível a cumulação entre revisional de contrato e consignação em pagamento, uma vez adotado o rito ordinário pelo autor. Inteligência do art. 292, § 2º, do CPC.
2 - É cabível antecipação dos efeitos da tutela para fins de determinar o depósito das parcelas contratuais em valor que o demandante entende devido, ainda que inferior ao efetivamente pactuado com a instituição financeira, porquanto a consignação não se reveste de caráter liberatório, não advindo disso qualquer prejuízo ao credor. Se, eventualmente, na sentença, encontrar-se diferença, em favor do credor, este poderá executá-la, somando-se-lhe juros de mora e correção monetária.
3 - O depósito das parcelas impede a constituição em mora do devedor, bem como o ajuizamento de ações que o compilam à manutenção de posse do bem financiado.
4 - Consoante entendimento firmado pelo STJ, nas causas de revisão de contrato, por abusividade de suas cláusulas, cabe conceder antecipação de

> tutela ou medida cautelar para impedir a inscrição do nome do devedor no SERASA/SPC, quando o autor deposite o valor relativo ao montante incontroverso, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do juiz.
> 5 – Recurso provido. (TJCE, Desembargador José Arísio Lopes da Costa, 3ª Câmara Cível, DJ em 19.01.2009).

Portanto, no que diz respeito ao depósito judicial, igualmente correto que se defira a consignação referente ao adimplemento mensal vincendo em valor inferior ao constante do contrato, uma vez que inexistirá, no caso, prejuízo para a instituição credora, já que não haverá quitação do financiamento, tão pouco as parcelas se revestem de caráter liberatório. Assim, o ponto de equilíbrio entre essas duas pretensões é autorizar o depósito em juízo das parcelas no valor requerido na exordial.

Dessa forma e pelos próprios fundamentos erigidos na concessão liminar, quais sejam o de que a mora pode ser afastada, simplesmente, a partir do depósito das parcelas tidas por incontroversas, conheço do presente agravo, para dar-lhe **PROVIMENTO**, reformando a decisão agravada, autorizando o depósito das parcelas vencidas e vincendas no valor revisado.

É como voto.

Fortaleza, 09 de abril de 2012.

Agravo de Instrumento nº 14464-75.2009.8.06.0000/0
Agravante: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
Agravado: ANA BATISTA DA COSTA CAVALCANTE
Origem: 6ª 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 OXIGENOTERAPIA DOMICILIAR. MOLÉSTIA GRAVE. CÂNCER DE PULMÃO. 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 14464-75.2009.8.06.0000/0**,** 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 Município de Fortaleza em face de decisão proferida pelo MM Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza que, na Ação Ordinária nº 49997-92.2009.8.06.0001/0, concedeu a antecipação de tutela ordenando o fornecimento, pelo Estado do Ceará e pelo Município de Fortaleza, o aparelho de oxigenoterapia domiciliar de que a autora necessita para assegurar a sua respiração, pelo tempo necessário.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, a ilegitimidade do Município para figurar no pólo passivo da demanda. no que toca ao

fornecimento do aparelho de oxigenoterapia e dos medicamentos solicitados, vez que não pertencem à relação de atenção básica, não lhe sendo materialmente possível dar comprimento à decisão impugnada.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão impugnada.

Oferecidas contrarrazões às fls.57/72.

Informações às fls.75/76.

Às fls.78/78v indeferi a suspensividade requestada.

No parecer de fls. 82/86 a representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Conforme relatado, a insurgência volta-se à decisão que concedeu tutela antecipada para determinar ao MUNICÍPIO DE FORTALEZA e ao ESTADO DO CEARÁ o fornecimento de aparelho de oxigenoterapia domiciliar necessário ao tratamento de saúde da agravada, acometida de câncer de pulmão.

No caso dos autos, os documentos de fls. 32/35 são suficientes a demonstrar a patologia apresentada pela autora, bem como o tratamento necessário, *máxime* diante da inexistência de outros indícios a desamparar as declarações ali constantes.

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 1498-85.2006.8.06.0000/0
Agravante: S.O.S Computadores Comércio e Serviços Ltda
Agravado: Município de Fortaleza
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. PRETENSÃO DE NÃO INCIDÊNCIA SOBRE OS SERVIÇOS DE FRANQUIA QUE CONSTITUEM A ATIVIDADE EMPRESARIAL DA AGRAVANTE E SOBRE AS ATIVIDADES-MEIO, COMO A CESSÃO DO USO DA MARCA E ASSISTÊNCIA TÉCNICA. INCIDÊNCIA DAS HIPÓTESES PREVISTAS NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003 NOS ITENS 10.04, 14.02 E 17.08. DENEGAÇÃO DE LIMINAR PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. AUSÊNCIA DO *FUMUS BONI JURIS*. MANUTENÇÃO DA INTERLOCUTÓRIA RECORRIDA.
AGRAVO CONHECIDO, TODAVIA DESPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 1498-85.2006.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os excelentíssimo senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência, mas para desprover-lhe, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara de Fazenda Pública de Fortaleza que, nos autos do mandado de segurança nº 2000.0136.8611-0, indeferiu o pedido de concessão de medida liminar postulada com a finalidade de excluir a hipótese de incidência do ISS sobre os serviços de franquia que correspondem à sua atividade comercial, assim como sobre as atividades meio que o constituem, tais como a cessão de uso da marca, assistência técnica.

A agravante sustenta que a concessão da medida liminar é essencial para que continue discutindo a exigência do Imposto sobre serviços sobre as suas atividades, eis que não é prestadora de serviço, sem que esteja sujeita à lavratura de autos de infração ou ao recolhimento de valores que demorariam anos para serem restituídos. Instruiu o agravo com os documentos de fls. 16 a 296 e com o comprovante do preparo

(fls. 297/298).

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator.

Converti o agravo em retido (fl. 307), mas, em face das argumentações contidas no pedido de reconsideração de fls. 309 e seguintes, decidi acolher o processamento do recurso na qualidade instrumental (fls. 316/318).

Informações à fl. 324.

A contraminuta não foi apresentada (fl. 328).

À fl. 329 proferi decisão denegando a atribuição de efeito suspensivo à interlocutória *a quo*.

Instada a se manifestar, a d. PGJ opinou no sentido de converter o agravo em retido (fls. 336/341).

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

Trata-se de aferir a existência concomitante dos requisitos autorizadores à concessão da medida liminar no mandado de segurança nº 2000.0136.8611-0 em trâmite perante a 4ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, cuja temática é a incidência, ou não, do ISS sobre serviços de franquia que correspondam à atividade-fim (comercial) da impetrante e também sobre as atividades-meio, como a cessão do uso da marca e assistência técnica.

Impende ressaltar que a Lei complementar nº 116/2003 rege a matéria a partir da sua entrada em vigor no dia 1º de janeiro de 2004, cuja lista de serviços sujeitos ao ISSQN prevê, no item 10.04 a incidência do tributo sobre o agenciamento, corretagem ou intermediação de contratos de franquia (franchising) e os de franquia, estes últimos previstos no item 17.08.

No que pertine às atividades-meio, como assistência técnica, veja-se que o item 14.02 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 prevê a sua inclusão de forma expressa.

Pertinente a transcrição de precedentes originários do STJ:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. EMPRESA FRANQUEADA QUE PRESTA SERVIÇOS POSTAIS E TELEMÁTICOS. DECRETO-LEI 406/68 E LC 56/87 VIGENTES À ÉPOCA. PERÍODO ANTERIOR À LC 116/03. NÃO-INCIDÊNCIA. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. LEI INTERPRETATIVA. TEMA JÁ JULGADO PELO REGIME CRIADO PELO ART. 543-C, CPC, E DA RESOLUÇÃO STJ 08/2008. TESE DOS CINCO MAIS CINCO.
>
> 1. Inicialmente, não houve omissão do acórdão proferido pelo Tribunal *a quo*, que apreciou de forma completa e fundamentada as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, razão pela qual não merece

prosperar a alegação de nulidade daquele.
2. A situação tributária das franquias no que tange à exigência de ISSQN deve ser apreciada sob dois enfoques. Na vigência da Lei Complementar n. 56/87, tinha-se verdadeira hipótese de não-incidência, já que os contratos de franquia, por terem causa e conteúdo próprios (Lei n. 8.955/94), não se confundiam com os contratos de prestação de serviços (esses sim figurantes do rol trazido por aquele diploma normativo, que deu nova redação ao anexo do Decreto-lei n. 406/68). Com a edição da Lei Complementar n. 116/03 - que entrou em vigor apenas em 1.1.2004 -, as *franchising*, de forma geral, foram expressamente incluídas na lista de serviços que tornam exigível o tributo (item 10.04 do anexo daquela lei complementar). As franquias relacionadas à prestação de serviços postais ganharam regulamentação no item 26.01.
3. Conforme bem consignado na decisão acima transcrita, não é possível aplicar a Lei Complementar n. 118/05 aos casos de pagamentos indevidos realizados antes de sua vigência, pois violaria o princípio da irretroatividade. Aplicável ao caso, portanto, a tese dos cinco mais cinco. O tema em relevo, inclusive, foi objeto de julgamento pelo regime do art. 543-C do CPC, tendo a egrégia Primeira Seção desta Corte de Justiça ratificado tal entendimento quando da apreciação do REsp. 1.002.932/SP, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, julgado em 25.11.2009.
4. Agravo regimental não-provido. (AgRg no REsp 982.171/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 29/04/2010)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. FRANQUIA. FATO GERADOR POSTERIOR À VIGÊNCIA DA LC N. 116/03 (ITEM 26.01 DO ANEXO). INCIDÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.
1. A situação tributária das franquias no que tange à exigência de ISSQN deve ser apreciada sob dois enfoques.
2. Na vigência da Lei Complementar n. 56/87, tinha-se verdadeira hipótese de não-incidência, já que os contratos de franquia, por terem causa e conteúdo próprios (Lei n. 8.955/94), não se confundiam com os contratos de prestação de serviços (esses sim figurantes do rol trazido por aquele diploma normativo, que deu nova redação ao anexo do Decreto-lei n. 406/68). Precedente.
3. Com a edição da Lei Complementar n. 116/03 - que entrou em vigor apenas em 1.1.2004 -, as *franchising*, de forma geral, foram expressamente incluídas na lista de serviços que tornam exigível o tributo (item 10.04 do anexo daquela lei complementar). As franquias relacionadas à prestação de serviços postais ganharam regulamentação no item 26.01. Precedente.
4. Na ausência de declaração de inconstitucionalidade desses últimos dispositivos, permanecem eles válidos e produzindo efeitos.
5. Agravo regimental não-provido. (AgRg nos EDcl no REsp 786.861/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 13/02/2009)

É de se ressaltar que os serviços de franquia não se encontravam afeitos

à incidência do ISSQN na vigência da LC nº 56/1987 e do Decreto-Lei nº 406/1988, segundo iterativa jurisprudência do STJ, todavia, o caso em julgamento rege-se pela Lei complementar nº 116/2003.

O *fumus boni juris* necessário à concessão da liminar em sede mandamental não se encontra configurado, não merecendo reproche a interlocutória de primeiro grau.

Isto posto, conheço do agravo de instrumento e, em dissonância com a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça, nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 15878-45.2008.8.06.0000/0
AGRAVANTE: UNIMED DO CARIRI COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.
AGRAVADO: ANDRÉ CAVALCANTE QUENTAL
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCLUSÃO DE MÉDICO EM COOPERATIVA. POSSIBILIDADE. OS ARTS. 4º, I, E 29, § 1º, DA LEI 5.764/71, BEM COMO O ART. 3º, DO ESTATUTO DA AGRAVANTE ESTABELECEM OS REQUISITOS PARA O INGRESSO DO PROFISSIONAL DE MEDICINA NOS QUADROS DA COOPERATIVA. ATENDIDAS TAIS EXIGÊNCIAS, SURGE PARA O INTERESSADO O DIREITO SUBJETIVO À SUA QUALIFICAÇÃO COMO MÉDICO CONVENIADO, UMA VEZ QUE A IMPOSSIBILIDADE TÉCNICA NÃO FOI COMPROVADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 15878-45.2008.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela Unimed do Cariri – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda objetivando a reforma da interlocutória de fls. 59/60, proferida pelo Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte na ação de obrigação de fazer nº 2008.0013.8822-0.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* suscitado, em síntese, que a inicial induz ao erro de forma clara, sendo que o autor confunde natureza privada com relevância pública do setor de saúde, assim como entidade privada não há que se falar em direito subjetivo de terceiro no que tange ao seu ingresso nos quadros de médicos na cooperativa, ressaltando ainda que a disposição contida no inciso I do art. 4º da Lei nº 5.764/1971 afasta a verossimilhança do direito postulado pelo autor na exordial.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 20/67.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Deneguei

o efeito suspensivo. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl. 72)

Contraminuta às fls. 75/83.

Informes apresentados às fls. 87/109.

É o relato.

VOTO

O mérito do recurso se restringe à procedência do pedido de inclusão do agravado nos quadros de associados da agravante.

Convém observar o disposto nos arts. 4º, I e 29, § 1º da Lei 5.764/1971, senão veja-se:

> "Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
> I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços"

> "Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no artigo 4º, item I, desta Lei.
> § 1° A admissão dos associados poderá ser restrita, a critério do órgão normativo respectivo, às pessoas que exerçam determinada atividade ou profissão, ou estejam vinculadas a determinada entidade."

Por sua vez, o art. 3º do Estatuto Social da Unimed de Fortaleza determina como requisitos de admissão:

> "Art. 3º. Poderão associar-se à Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços, todos os médicos que, tendo livre disposição de sua pessoa e seus bens, concordem com os termos do presente Estatuto, preencham os requisitos legais e estatutários, e exerça, suas atividades profissionais na área fixada no art. 1º, inc. II."

Da análise dos referidos dispositivos, tem-se que a regra é a liberdade de ingresso na cooperativa de quantos assim queiram, ressalvada, entretanto, a impossibilidade técnica de prestação do serviço.

Interpretando os já citados dispositivos da Lei 5.764/71, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que, para uma cooperativa limitar o ingresso de novos associados, não basta a simples inconveniência que a inclusão possa ocasionar para os que já integram o quadro de cooperados, senão veja-se:

> "**Cooperativa. Nas associações com essa natureza, a limitação ao ingresso de novos associados condiciona-se à "impossibilidade técnica de prestações de serviços**" (Lei 5.764/71, artigo 4º, I). **Não basta para justificá-la a simples inconveniência que possa resultar para os que já integram o quadro de cooperados**." (REsp 151.858/MG, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/04/1998, DJ 08/09/1998 p. 61) - Grifou-se

No mesmo sentido, vem decidindo esta colenda 2ª Câmara Cível:

> "**Ementa:** PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DECISÃO QUE CONCEDEU TUTELA ANTECIPADA EM FACE DOS REQUISITOS AUTORIZADORES. POSSIBILIDADE. NOS ESTREITOS LIMITES DO RECURSO DE AGRAVO, NÃO CABE DECIDIR DA PRETENSÃO, QUANDO NÃO HOUVE, AINDA EXAME MAIS RIGOROSO DO MÉRITO PELO JUIZ A QUO. - Situação em que o agravante quer ver modificada decisão interlocutória que concedeu tutela antecipada para forçá-lo a aceitar a associação de médico na cooperativa. - A 2ª Câmara Cível desta Corte de Justiça já firmou o entendimento de que é possível a nclusão de médico nos quadros cooperados, desde que seja atendido o requisito da prova da capacidade técnica do profissional, bem como que esse realize o pagamento do valor da cota-parte, nos moldes exigidos pela Cooperativa. - Precedentes. Agravo conhecido e improvido. **Data do julgamento:** 03/02/2010 **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível **Relator(a):** ADEMAR MENDES BEZERRA"

De todo o exposto, indefiro o presente recurso, mantendo incólume a decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

PROCESSO Nº 33604-61.2010.8.06.0000/0.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADO: DANIEL ROCHA DE FARIAS.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA:
PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO FIRMADA PELO AGRAVADO. CONTRARRAZÕES OFERTADAS. CONHECIMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. SÓCIO COTISTA. REDIRECIONAMENTO. INVIABILIDADE. EXCLUSÃO DA LIDE. FUNDAMENTO JUDICIAL INATACADO. VERBA HONORÁRIA. FIXAÇÃO DEVIDA. DESPROVIMENTO.
1. Apesar de o recorrente não ter instruído o recurso de agravo com cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado, diante da efetiva intimação deste e da oferta de contrarrazões, afasta-se o rigor do art. 525, inc. I, do CPC, devendo a insurreição ser conhecida, porquanto atendida a finalidade da regra processual. Precedentes do STJ.
2. Inexiste vedação, mas apenas restrições, à oposição de exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal.
3. A dissolução irregular de sociedade empresária não autoriza *per se* o redirecionamento da execução fiscal para responsabilização tributária do sócio cotista. Precedentes do STF e do STJ.
4. Não tendo o agravante contraposto argumento ou documentação apta a elidir o fundamento primordial da decisão adversada, mantém-se, em agravo de instrumento, o ato que, diante de documentação nova exibida em aclaratórios pelo sócio cotista indicado na certidão de dívida ativa (CDA) como corresponsável - sobretudo certidão da Junta Comercial de que aquele jamais exerceu a administração ou a gerência da sociedade empresária/contribuinte -, exclui o recorrido da execução fiscal.
5. Julgada procedente a exceção de pré-executividade, para retirada do requerente da execução fiscal, devida é a fixação de verba honorária, ainda que o feito prossiga contra o outro sócio constante da CDA.
6. Agravo de instrumento conhecido e desprovido, prejudicado o exame do agravo regimental 33604-61.2010.8.06.0000/2.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento e negar-lhe provimento, prejudicado o exame do agravo regimental nº 33604-61.2010.8.06.0000/2, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 05 de março de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento oposto em face da decisão que, ao conferir efeitos infringentes a embargos de declaração, acolheu exceção de pré-executividade para determinar a exclusão do agravado do polo passivo da execução fiscal e condenar o exequente em honorários advocatícios (Processo nº 774103-92.2000.8.06.0001/0) - fls. 40-3.

O recorrente aduz:

a) a Lei nº 6830/1980 prevê os embargos à execução como único meio apto à impugnação desta, restringindo-se a objeção de pré-executividade àquelas promovidas por particulares e, ainda assim, em situações excepcionais;

b) a pessoa jurídica devedora foi desconstituída irregularmente perante o Fisco Estadual, ocorrendo a baixa de ofício; assim, diante da possível dissolução irregular, incide o art. 134, VII, do CTN, com responsabilização tributária de todos os sócios, inclusive meros cotistas;

c) subsistindo o feito executório em relação à sociedade empresária e ao outro sócio corresponsável constantes da CDA, é impertinente a condenação do recorrente em verba honorária.

Em contrarrazões, o recorrido rebate (fls. 53-61):

a) ausência de procuração do agravado, a impor a inadmissibilidade do pleito recursal;

b) cabimento do incidente processual em apreço em sede de execução fiscal, cujo requerimento foi instruído com os contratos sociais e certidão da Junta Comercial do Estado do Ceará, comprobatórios de que o agravado jamais exerceu poder de gerência na sociedade executada, não podendo, pois, ser-lhe atribuída responsabilidade tributária, mesmo diante de dissolução irregular da pessoa jurídica também executada;

c) o próprio exequente adota o entendimento esposado na decisão agravada, consoante documentação anexa;

d) consistência da condenação em verba honorária.

Informações às fls. 148-149, na qual o juízo *a quo* esclarece, em suma, que o excipiente acostou prova robusta de que nunca exerceu a administração social na pessoa jurídica executada.

Sem intervenção do Ministério Público, porquanto desnecessária (STJ, Súmula 189).

É o relatório.

VOTO

De princípio, concernente à falta de juntada do instrumento procuratório do agravado, ressalto que, no âmbito do agravo regimental nº 33604-61.2010.8.06.0000/1, retratei-me da decisão monocrática que negou seguimento ao recurso em epígrafe, sob

os seguintes fundamentos, *verbis* (fls. 168-169):

> Assente é a jurisprudência do STJ e desta Corte de Justiça quanto ao não conhecimento do agravo de instrumento, na hipótese em que o insurgente não se desincumbe do ônus de anexar à peça recursal cópia da procuração outorgada ao advogado do agravado, uma das peças obrigatórias elencadas no art. 525 do CPC, sendo este o fundamento da decisão recorrida.
>
> Todavia, a consistência de tal posicionamento desvanece em situações como a presente, na qual a decisão que negou seguimento à insurreição, em virtude da falta do documento em apreço, foi prolatada posteriormente à intimação do agravado, o qual apresentou contraminuta.
>
> É que, nesse contexto específico, a despeito de não atendido na literalidade o art. 525, inc. I, do CPC, restou plenamente cumprida a finalidade da regra processual, visto que realizada a intimação do recorrido e ofertadas as contrarrazões, consoante se infere do inteiro teor dos arestos do STJ colacionados pelo agravante.
>
> Sob tal fundamento, acolho a ponderação exibida no agravo interno, para reconsiderar o decisório de fls. 151-153.

O *decisum* guarda consonância com os arestos do STJ colacionados pelo ente público às fls. 159-160.

É importante ressaltar que a hipótese presente não exibe similitude com o panorama processual do precedente, também da Corte Superior, mencionado pelo recorrido no agravo regimental de fls. 172-174 (EResp 996.366/MA), pois enquanto este versa sobre a impossibilidade de incidência dos arts. 13 e 37 do CPC ao agravo de instrumento quando o agravante não colaciona cópia da procuração outorgada ao seu próprio patrono, o feito ora sob análise cuida da aplicação do princípio da instrumentalidade das formas, quando, apesar de o agravante não juntar a procuração do agravado, este é intimado e oferta contrarrazões.

Sob tais fundamentos e também porque presentes os demais requisitos de admissibilidade recursal, conheço do agravo de instrumento.

Quanto ao mérito, despiciendo tecer maiores considerações acerca do cabimento da exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal, o que se pode extrair até mesmo da Súmula 393 do STJ, que apenas a restringe a situações excepcionais; confira-se: *a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*.

Por conseguinte, refuto o argumento recursal destacado no item *a* do relatório.

Respeitante à responsabilização do sócio-quotista com amparo no art. 134, VII, do CTN, por conta da dissolução irregular da sociedade empresária contribuinte, a

tese do agravante também é inconsistente.

De primeiro, se o caso concreto envolve dissolução irregular, atrai-se a incidência do art. 135, inc. III, do CTN, não se podendo imputar a responsabilidade pessoal ao sócio quotista, seja com esteio neste preceptivo, seja naquele outro.

O tema já foi apreciado, inclusive, pelo STF e pelo STJ, em sede de recurso extraordinário com reconhecimento de repercussão geral e recurso especial repetitivo, respectivamente; confira-se:

> DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADES FORMAL E MATERIAL. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DA DECISÃO PELOS DEMAIS TRIBUNAIS.
> 1. Todas as espécies tributárias, entre as quais as contribuições de seguridade social, estão sujeitas às normas gerais de direito tributário.
> 2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.
> 3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas "as pessoas expressamente designadas por lei", não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.
> 4. A responsabilidade tributária pressupõe duas normas autônomas: a regra matriz de incidência tributária e a regra matriz de responsabilidade tributária, cada uma com seu pressuposto de fato e seus sujeitos próprios. A referência ao responsável enquanto terceiro (dritter Persone, terzo ou tercero) evidencia que não participa da relação contributiva, mas de uma relação específica de responsabilidade tributária, inconfundível com aquela. O "terceiro" só pode ser chamado responsabilizado na hipótese de descumprimento de deveres próprios de colaboração para com a Administração Tributária, estabelecidos, ainda que *a contrario sensu*, na regra matriz de responsabilidade tributária, e desde que tenha contribuído para a situação de inadimplemento pelo contribuinte.
> 5. O art. 135, III, do CTN responsabiliza apenas aqueles que estejam na direção, gerência ou representação da pessoa jurídica e tão-somente quando pratiquem atos com excesso de poder ou infração à lei, contrato

social ou estatutos. Desse modo, apenas o sócio com poderes de gestão ou representação da sociedade é que pode ser responsabilizado, o que resguarda a pessoalidade entre o ilícito (mal gestão ou representação) e a conseqüência de ter de responder pelo tributo devido pela sociedade.
6. O art. 13 da Lei 8.620/93 não se limitou a repetir ou detalhar a regra de responsabilidade constante do art. 135 do CTN, tampouco cuidou de uma nova hipótese específica e distinta. Ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, tratou a mesma situação genérica regulada pelo art. 135, III, do CTN, mas de modo diverso, incorrendo em inconstitucionalidade por violação ao art. 146, III, da CF.
7. O art. 13 da Lei 8.620/93 também se reveste de inconstitucionalidade material, porquanto não é dado ao legislador estabelecer confusão entre os patrimônios das pessoas física e jurídica, o que, além de impor desconsideração *ex lege* e objetiva da personalidade jurídica, descaracterizando as sociedades limitadas, implica irrazoabilidade e inibe a iniciativa privada, afrontando os arts. 5º, XIII, e 170, parágrafo único, da Constituição.
8. Reconhecida a inconstitucionalidade do art. 13 da Lei 8.620/93 na parte em que determinou que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada responderiam solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social.
9. Recurso extraordinário da União desprovido.
10. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC. (RE 562.276/PR, Rel. Mina. Ellen Gracie, julgado em 03.11.2010, DJe 09.02.2011)

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO. ART 146, III, DA CF. ART. 135, III, DO CTN. SÓCIOS DE SOCIEDADE LIMITADA. ART. 13 DA LEI Nº 8.620/93. INCONSTITUCIONALIDADE.
1. O STF, em julgado admitido com repercussão geral (art. 543-B do CPC), pacificou o entendimento de que é inconstitucional o art. 13 da Lei nº 8.620/93, na parte em que estabeleceu que os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. (RE 562276/PR - Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 3.11.2010, DJe de 9.2.2011).
2. Asseverou-se, no mencionado julgado, que o art. 13 da Lei nº 8.620/93, ao vincular à simples condição de sócio a obrigação de responder solidariamente pelos débitos da sociedade limitada perante a Seguridade Social, teria estabelecido exceção desautorizada à norma geral de direito tributário consubstanciada no art. 135, III, do CTN, o que demonstraria a invasão da esfera reservada à lei complementar pelo art. 146, III, da CF.
3. O tema também foi consolidado na Primeira Seção do STJ, em recurso submetido ao regimento do art. 543-C (representativo de controvérsia), tendo sido reiterada a tese da inaplicabilidade do art. 13 da Lei n. 8.620/93. (REsp 1.153.119/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 24.11.2010, DJe 2.12.2010).
Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1241432/SC, Rel. Ministro

> HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 16/05/2011)
>
> TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS POR OBRIGAÇÕES DA SOCIEDADE JUNTO À SEGURIDADE SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 8.620/93 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (RE 562.276). RECURSO PROVIDO. ACÓRDÃO SUJEITO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ 08/08. (REsp 1153119/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 02/12/2010)

Da doutrina, cito Hugo de Brito Machado Segundo:

> a) os sócios de sociedades de pessoas que se refere o art. 134, VII, do CTN, são os sócios que, nos termos da lei comercial, respondem ilimitadamente pelos débitos da sociedade. Essa responsabilidade é subsidiária em relação à sociedade e solidária entre os sócios;
>
> b) os mesmos sócios de responsabilidade ilimitada referidos no artigo 134 respondem de forma pessoal, na hipótese de agirem com excesso de poderes ou infração de lei ou do contrato (CTN, art. 135, I);
>
> c) os sócios de sociedades que adotam forma de limitação de responsabilidade, tais como as sociedades por quotas de responsabilidade limitada e as sociedades anônimas, somente respondem nos termos da legislação comercial aplicável, tornando-se irresponsáveis depois da integralização do capital social, ou do valor de suas acões. (*Apud* MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. 2ª edição, Vol. II. São Paulo: Atlas, 2008, p. 582-583)

Na mesma trilha é o escólio de Ricardo Alexandre:

> O inciso VII prevê a responsabilidade dos sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas […]
> Assim, a regra é que os sócios não sejam responsabilizados pelas obrigações da pessoa jurídica que integram. Ressalte-se, contudo, que se o sócio é também gerente da sociedade, passa a responder pelos atos ilícitos que vier a praticar. O motivo disso, no entanto, não é o fato de ser sócio, mas sim o exercício da função de gestão, de administração da instituição. Usando a terminologia mais corriqueira, a previsão é aplicável ao sócio gerente, não ao sócio-quotista. A responsabilização decorre da previsão constante do art. 135, III, do CTN […] (**In** *Direito Tributário Esquematizado*. 3ª edição. São Paulo: Gen. 2009, p. 333)

Ressalte-se que, no caso em tablado, é bem verdade que, na CDA de fl. 16 o

agravado, assim como o sr. Marcos Barreira Rodrigues, figuram como corresponsáveis, o que poderia suscitar a viabilidade da exclusão daquele em sede de exceção de pré-executividade, tendo em vista o teor da Súmula 393 do STJ, já mencionada.

Ocorre que a presunção de veracidade de que se reveste mencionada certidão acerca da legitimidade passiva do recorrido restou elidida pelo juízo *a quo* diante de certidão da Junta Comercial (JUCEC) por este acostada em sede de embargos de declaração (fl. 66), na qual consta que o sr. Daniel Rocha de Farias é sócio quotista, jamais tendo exercido a administração ou a gerência da sociedade/contribuinte do tributo, em consonância com a cláusula nona do contrato social (fls. 62-5).

Tal dado, constante de documento que também possui fé pública, foi utilizado pelo juízo singular na motivação do decisório que acolheu a exceção de pré-executividade para excluir da execução fiscal o recorrido, não tendo em momento algum sido questionado pelo ente público, restando, pois, inatacado o fundamento do ato judicial.

Quanto a isso, o magistrado de 1º grau esclareceu, nas informações de fls. 148-149 que o *sócio agravado fez juntar prova robusta de que jamais exerceu a administração social na empresa executada*, não tendo o recorrente, também nesse tocante, contraposto qualquer argumento na peça recursal ou a instruído com documentação hábil a demonstrar a ocorrência de *error in judicando*.

Além disso, no caso concreto, o agravado colacionou parecer da Procuradoria Geral do Estado/Procuradoria Fiscal, emitido em processo administrativo que trata de situação similar à presente, porquanto constante o nome de sócio quotista na CDA, à mingua do pressuposto inserto no art. 135 do CTN.

É o que se extrai do seguinte trecho do opinativo, *verbis* (fl. 142):

> Da análise da documentação que instrui o pedido, em especial a certidão da JUCEC (doc 04), percebe-se que o interessado – SR. ROMULO EUGÊNIO DE VASCONCELOS ALVES, integrou a empresa devedora no período de JAN/1998 A AGO/2003, porém exerceu atos de administração societária somente até a data de 30/ABRIL/2001, tendo continuado sua participação societária na condição única de sócio quotista.
>
> Nesse sentido, não há como se imputar ao requerente, nenhuma das circunstâncias autorizativas de responsabilização tributária, por substituição, haja vista faltar-lhe o pressuposto objetivo exigido, que é a gerência societária, nos termos do art. 135 do Código Tributário Nacional .

Ora, ainda que não se tenha notícia de que o agravado haja formulado requerimento administrativo destinado à emissão de idêntico parecer, certo é que, ante a submissão da Administração aos princípios da impessoalidade e da isonomia, impõe-se ao Fisco adotar tal entendimento, uma vez presentes os mesmos fundamentos jurídicos.

Ademais, diante do posicionamento favorável do Poder Executivo quanto

ao afastamento da responsabilidade tributária do sócio cotista - manifestado, inclusive, pelo mesmo órgão fiscal que representa judicialmente o Estado na demanda executiva -, não vislumbro razoabilidade para o Judiciário atuar com maior rigor na exigência de comprovação da ilegitimidade passiva do agravado.

Nesse tocante, trago à balha a ponderação efetivada em voto-vista do Ministro Castro Meira no âmbito do Recurso Especial nº 1.126.773/RS (Dje 27.09.2010), que, *mutatis mutandis*, amolda-se ao caso presente, *verbis*:

> Ora, em face do reconhecimento do direito adquirido pela própria recorrida, concluo que seria irrazoável manter uma orientação em sentido contrário, pois não pode o Judiciário ser mais rigoroso com os contribuintes do que a própria titular do direito.
> Em face disso, ainda que perfilhe a tese trazida pelo Sr. Ministro Herman Benjamin, sou compelido a reconhecer, na hipótese, a impossibilidade de ser revogada a isenção onerosa por prazo indeterminado, pois importaria afronta a segurança jurídica e ao princípio da isonomia entre os contribuintes que optaram pela via administrativa ou pela via judicial para um pronunciamento sobre pretensões análogas.
> (cf.https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=9121898&sReg=200900425334&sData=20100927&sTipo=3&formato=PDF; consulta em 02.02.2012).

Nesse instante ressalto que, apesar de em julgamentos precedentes, haver considerado que a juntada de certidão emitida pela Junta Comercial em sede de exceção de pré-executividade não era suficiente para elidir a presunção de veracidade da CDA, no caso presente, os dados trazidos pelo agravado e as questões de ordem processual acima apreciados impõem a manutenção do ato adversado pertinente à exclusão do sr. Daniel Rocha de Farias da execução fiscal.

Por fim, no que tange à condenação em honorários advocatícios, o decisório recorrido tambem não merece reparo, sendo a verba devida ainda que o feito prossiga em relação ao outro sócio, consoante posicionamento do STJ.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO-GERENTE DA LIDE. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO *QUANTUM* ESTABELECIDO PELO ACÓRDÃO *A QUO*. VALOR NÃO-EXORBITANTE.
> SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA.
> 1. A jurisprudência do STJ admite a condenação ao pagamento de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, uma vez que, apesar de ser um incidente processual, possui natureza contenciosa. A continuidade da

execução não afasta a sucumbência do então excepto, ora agravante.
2. A revisão do *quantum* estabelecido em condenação em verba honorária não é admitida em sede de recurso especial, porquanto depende do reexame de matéria fático-probatório, atraindo o óbice da Súmula n. 7/STJ. Excepcionalmente, admite-se tal revisão quando a condenação apresenta-se irrisória ou exorbitante, o que não é o caso dos autos.
3. Agravo regimental não-provido. (AgRg no Ag 998.516/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 11/12/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ACOLHIDA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - CABIMENTO - REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIO-GERENTE - INVERSÃO DO *ÔNUS PROBANDI* - REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ.
1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não obstante a exceção de pré-executividade se trate de mero incidente processual na ação de execução, o seu acolhimento com a finalidade de declarar a ilegitimidade passiva *ad causam* do recorrente torna cabível a fixação de honorários advocatícios, ainda que tal ocorra em sede de agravo de instrumento.
2. Não merece ser conhecido o recurso especial em relação às questões que demandam o reexame das provas dos autos, tendo em vista o teor da Súmula 07/STJ.
3. Recurso especial do particular parcialmente provido. Recurso especial do INSS não conhecido. (REsp 884.389/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 29/06/2009)

Do exposto, conheço do agravo de instrumento, para negar-lhe provimento, prejudicado o julgamento do agravo regimental nº 33604-61.2010.8.06.0000/2, porquanto já submetido ao órgão fracionário o juízo de admissibilidade, único objeto do recurso interno.

É o voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 34708-88.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.
AGRAVADO: EMILY DOS SANTOS GONDIM, REPRESENTADA POR MARIA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. RECUSA EM CUSTEAR TRATAMENTO MÉDICO E HOSPITALAR, SOB O ARGUMENTO DE VEDAÇÃO CONTRATUAL E OBRIGAÇÃO DO ESTADO. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA À BOA-FÉ OBJETIVA. DEVER ESTATAL NÃO AFASTA OBRIGAÇÃO ASSUMIDA PELA AGRAVANTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

- Determina o art. 199, da Constituição Federal que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada", devendo, nesses casos, os planos de saúde obedecer às normais gerais ditadas pelo Estado, a fim de preservar os direitos dos consumidores que optarem pelo atendimento por meio da rede privada de saúde. Desse modo, celebrado um contrato de prestação de serviços com a recorrente, passa o contratante a dispor da faculdade de escolher ser atendido em hospital público ou particular.
- Sobre a vedação contratual, é sabido que o consumidor, ao contratar um plano de saúde, espera estar resguardado contra futuros riscos à sua saúde, sobretudo em situações de urgência e iminente risco de morte, não detendo, todavia, o conhecimento técnico necessário para discernir se esse ou aquele procedimento incluído no plano será suficiente para o alcance de seu objetivo, que consiste, justamente, na cura, prevenção e controle de doenças. Assim, considerando que o contratante busca justamente uma condição estável e segura no plano de saúde, torna-se manifesta a ofensa à boa-fé objetiva ao se surpreender a parte com restrição no atendimento.
- Agravo de instrumento improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 34708-88.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento ajuizado contra decisão proferida pelo

MM Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que, nos autos da ação ordinária nº 22861-86.2010.8.06.0001/0 concedeu a antecipação de tutela para determinar à Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda que se responsabilize com todo o custeio do tratamento médico e hospitalar da menor Emilly dos Santos Gondim, incluindo o fornecimento da alimentação por "suporte enteral via gastrostomia" prescrita, devendo ser fornecida no dia 05 (cinco) de cada mês, não sendo interrompido o tratamento da autora até posterior deliberação médica.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que a Unimed de Fortaleza não questiona a necessidade ou não da recorrida em se submeter aos procedimentos requeridos na exordial, mas não se pode atribuir ao ente particular obrigações que originalmente são do Estado ou do próprio beneficiário, sob pena de inviabilizar o sistema privado de saúde. Afirma, ainda, que o contrato celebrado não prevê a cobertura para este tratamento.

Requer a concessão da suspensividade, a fim de sustar os efeitos da decisão proferida pelo MM Juiz da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza tendo em vista a lesão grave e de difícil reparação causada à Unimed e a clara impossibilidade de reversão.

Contraminuta às fls. 175/184.

Informações às fls. 186 e verso.

É o relatório.

VOTO

Não merece guarida a pretensão da agravante.

A Constituição Federal, em seus arts. 196, 197 e 199, impõe ao Estado o dever de zelar pela saúde, bem como promover o acesso universal e igualitário às ações e serviços relacionados.

No entanto, determina o art. 199, da Constituição Federal que "a assistência à saúde é livre à iniciativa privada", devendo, nesses casos, os planos de saúde obedecer às normais gerais ditadas pelo Estado, a fim de preservar os direitos dos consumidores que optarem por ser atendidos por meio da rede privada de saúde.

Desse modo, celebrado um contrato de prestação de serviços com uma empresa como a agravante, passa o contratante a dispor da faculdade de optar pelo atendimento em hospital público ou particular, desde que o tratamento esteja previsto no contrato firmado.

Feita a escolha pelo atendimento em locais credenciados pelo plano de saúde, este não pode se negar a arcar com o pagamento do tratamento necessitado pelo seu beneficiário, na medida em que sua obrigação é contratual, excetuados os casos em que a providência não esteja prevista no instrumento contratual.

Assim vem decidindo esta egrégia Corte:

> "**Ementa: (...)** DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE. CF, ARTS. 196, 197 E 199. NÃO INTERFERÊNCIA NOS CONTRATOS PRIVADOS DE PLANO DE SAÚDE. SENTENÇA CONFIRMADA.
> (...) 4. Nos moldes dos arts. 196, 197 e 199, todos da Carta da República,

> a saúde é "direito de todos e dever do Estado", cabendo à Administração Pública a função de desenvolver mecanismos que permitam o atendimento satisfatório de saúde da população em geral. Porém, quando a pessoa contrata um plano privado de saúde passa a dispor de direito de atendimento dentro do plano, cabendo somente ao consumidor a prerrogativa de optar pelo sistema público de saúde. Descabe à administradora do plano privado de saúde invocar o direito subjetivo público do segurado, a fim de encaminhá-lo para o sistema único de saúde estatal, visando, com isso, liberar-se do encargo de realizar o tratamento necessitado pelo consumidor e previsto no contrato firmado. 5. Apelação Cível conhecida improvida.
> **Data do julgamento:** 03/05/2010 **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível **Relator(a):** RAUL ARAÚJO FILHO"

Sobre a vedação contratual referente à não-cobertura de materiais e medicamentos para tratamento domiciliar, entendo que esta deve ser vista com cautela, de modo a se resguardar o princípio da boa-fé objetiva.

É sabido que o consumidor, ao contratar um plano de saúde, espera estar resguardado contra futuros riscos à sua saúde, sobretudo em situações de urgência e iminente risco de morte, não detendo, todavia, o conhecimento técnico necessário para discernir se esse ou aquele procedimento incluído no plano será suficiente para o alcance de seu objetivo, que consiste, justamente, na cura, prevenção e controle de doenças. Essa condição deve ser respeitada pelo prestador de serviço e protegida pelo ordenamento jurídico, como corolário do princípio da boa-fé objetiva (CC/2002, art. 113).

Assim, considerando que o consumidor busca justamente uma condição estável e segura no plano de saúde, torna-se manifesta a ofensa à boa-fé objetiva ao se surpreender a parte com restrição no atendimento.

Desse entendimento, não discrepam a doutrina e a jurisprudência. Veja-se, a propósito, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - RECUSA DE COBERTURA DOS MEDICAMENTOS CORRELATOS AO TRATAMENTO DE QUIMIOTERAPIA, MINISTRADOS EM AMBIENTE DOMICILIAR - IMPOSSIBILIDADE - ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA RESTRITIVA - VERIFICAÇÃO - AGRAVO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1137474/SP, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 03/03/2010)"

Do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão agravada em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2012.

PROCESSO Nº: 0041479-82.2010.8.06.0000
TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO C/ PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
COMARCA: FORTALEZA
AGRAVANTE: UNIMED DE FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA
AGRAVADA: MARIA VERALUCE ROCHA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA:
AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL - RELAÇÃO DE CONSUMO - PLANO DE SAÚDE - CUSTEIO DE TRATAMENTO NEGADO POR FALTA PREVISÃO CONTRATUAL - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO "PACTA SUNT SERVANDA" - RECURSO CONHECIDO, MAS DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.
I - A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º da Carta Magna como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, e a inviolabilidade do direito à vida, assegurada pelo seu art. 5º, fazem parte dos direitos mínimos e intrínsecos do homem, a serem protegidos, inclusive, nas relações privadas de consumo.
II - Tendo em vista ser o contrato em tela de adesão, tem-se que o princípio *pacta sunt servanda* sofre uma relevante mitigação em decorrência da plena vigência do CDC, que afasta do consumidor a incidência de cláusulas ofensivas aos seus direitos fundamentais, conferindo-lhe a possibilidade de pedir revisão dos termos contratuais que reputar abusivos.
III - Impor restrições ao procedimento recomendado pelo médico responsável, negando o custeio das despesas do tratamento do paciente/consumidor, sob a alegação de que o plano de saúde deve observar as limitações contratuais, tem-se como verdadeira afronta ao direito à vida, além de colocar em risco a concretização do objeto principal do contrato, qual seja, a prestação de assistência à saúde.
IV - Valor da multa diária mantido.
V - Agravo de instrumento conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 0041479-82.2010.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas.

Acordam, por votação unânime, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do presente recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pela Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda em face da decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de Obrigação de Fazer c/c pedido de antecipação de tutela proposta por Maria Veraluce Rocha, distribuída sob o nº 407585-47.2010.06.0001/0.

Em sede de antecipação de tutela, o julgador monocrático, com base na verossimilhança do direito e do perigo da demora, acolheu o pleito autoral, determinando à Unimed de Fortaleza o fornecimento do medicamento "ACTEMRA – Anticorpo Monoclonal Humanizado" em favor da promovente, nas dosagens estabelecidas pelo receituário médico, bem como o custeio de todas as despesas ambulatoriais para a administração de seu tratamento, fls. 33/38.

Arbitrou, por fim, multa diária no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), para o caso de descumprimento da decisão.

Inconformada, a promovida ajuíza o presente agravo de instrumento, suscitando que não há previsão contratual que autorize a realização do procedimento, pois o plano de saúde que detém a agravada não cobre tratamento ambulatorial endovenoso com "ACTEMRA", mas tão somente emergências e casos de internação (cláusula 5, 5.15).

Sustenta, ainda, que o contrato existente entre as partes é válido, haja vista que além de não conter nenhuma cláusula abusiva, tem seu conteúdo disciplinado de forma clara, legível e compreensível, devendo, portanto, ser observado em todos os seus termos, segundo o que dita a máxima *pacta sunt servanda.*

Aduz, no mais, acerca da irretroatividade da Lei nº 9.656/98 e do não cabimento da multa estipulada.

Requer ainda, por esta via, a agravante a suspensão da decisão concessiva, e, no mérito, a revogação em definitivo.

Dormitam, às fls. 27/106, os documentos obrigatórios, essenciais e facultativos.

Antes de apreciar a suspensividade perseguida, este relator requisitou, por medida de prudência, informações ao magistrado *a quo,* que manteve sua decisão, segundo ofício de fls. 145/146.

Intimada a agravada, por meio de seu patrono, apresentou resposta ao recurso, às fls. 115/141, ressalvando irregularidade constante na procuração juntada pela recorrente, e pugnando pelo improvimento do recurso.

Concluídas as diligências de estilo, retornaram-me os autos conclusos para exame.

VOTO

De início, para que se possa concluir acerca do conhecimento do presente recurso, faz-se necessário sanar qualquer dúvida acerca da questão preliminar arguida pela agravante, em suas contrarrazões (fls. 114/141), no que diz respeito à irregularidade

da procuração colacionada pela recorrente.

Ocorre que, ao compulsar os autos, facilmente se verifica que não houve qualquer vício ou irregularidade nos documentos obrigatórios de instrução do agravo de instrumento, dentre eles as procurações dos patronos de ambas as partes, devidamente presentes às fls. 29/31.

Ademais, não há que se questionar acerca das datas da procuração e dos substabelecimentos, tendo em vista que estes ocorreram em 12 de julho de 2010, ou seja, posteriormente a 9 de junho de 2010, data em que foi assinada a procuração e, consequentemente, transferido todos os poderes para os advogados elencados no instrumento atuarem em nome da Unimed de Fortaleza.

Assim, conheço do recurso, porquanto preenchidos os necessários requisitos de admissibilidade.

Nesse passo, registre-se que estando o recurso apto para o julgamento de mérito, torna-se despicienda a análise do efeito suspensivo perseguido.

A partir de então, passo ao exame de mérito.

Percebe-se que a questão debatida na vertente sede processual recai sobre a decisão judicial que deferiu o pedido de antecipação de tutela, determinando à Unimed de Fortaleza que providencie o tratamento médico da agravada, portadora de artrite reumatóide soro positiva, com 11 (onze) aplicações mensais do medicamento "ACTEMRA", sob pena de aplicação de multa diária de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Insurge-se, então, a agravante, observando que sua negativa foi lícita, legal e legítima, tendo em vista que não há previsão do tratamento concedido em liminar no rol dos procedimentos cobertos pelo contrato de plano de saúde, conforme cláusula 5, 5.15:

> Cláusula cinco. Condições não cobertas pelo contrato
> 5.15. Vacinas ou medicamentos, salvo no caso de internação.

Alega, também, a recorrente que o oferecimento de serviços não pode ocorrer de forma irrestrita e ilimitada, devendo, portanto, serem obedecidas às limitações definidas nas cláusulas contratuais.

Contudo, sabe-se que diante da realidade das relações de consumo firmadas com planos de saúde, as avenças pactuadas por particulares não podem ser acolhidas de forma inquestionável, notadamente quando a manifestação de vontade da parte contraente, imprescindível para a concretização do negócio jurídico, não for dotada de total plenitude.

Tal afirmativa torna-se comum quando, diante do consumidor insurgi-se a grandeza das seguradoras de plano de saúde que, em detrimento da essencialidade do serviço prestado, acabam distanciando o indivíduo de qualquer alternativa se não a de aceitar todas as cláusulas presentes na avença, havendo, portanto, uma visível mitigação da autonomia da vontade.

É então, sob os moldes constitucionais, que se terá o correto deslinde do litígio, tendo em vista que a validade das normas contidas em todo o ordenamento jurídico pátrio está condicionada à observação dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal.

Nesse diapasão, verifica-se que, a dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º da Carta Magna como um dos fundamentos do Estado Brasileiro, e a inviolabilidade do direito à vida, assegurada pelo art. 5º, fazem parte dos direitos mínimos e intrínsecos do homem, a serem protegidos, inclusive, nas relações privadas de consumo.

Portanto, partindo da premissa de supremacia da Lei Fundamental, deve-se adequar ao caso concreto normas que atentem para a dignidade da pessoa humana, assim como é o caso do Código de Defesa do Consumidor e da Lei dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), aplicáveis a esta lide.

Ademais, como o contrato em tela é de adesão, tem-se que o princípio *pacta sunt servanda* sofre uma relevante mitigação em decorrência da plena vigência do CDC, que afasta do consumidor a incidência de cláusulas ofensivas aos seus direitos fundamentais, conferindo-lhe a possibilidade de pedir revisão dos termos contratuais que reputar abusivos.

De fato, veja-se:

> "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
> (...)
> V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;
> VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;
>
> 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;
> § 1º. Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:
> I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;
> II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou o equilíbrio contratual;"

Assim, impor restrições ao procedimento recomendado pelo médico responsável, negando o custeio das despesas do tratamento do paciente/consumidor, sob a alegação de que o plano de saúde deve observar as limitações contratuais, tem-se como verdadeira afronta ao direito à vida, além de colocar em risco a concretização do objeto principal do contrato, qual seja, a prestação de assistência à saúde.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> "EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. 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 às 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. " (TJCE - 1ª Câmara Cível - Rel. Paulo Francisco Banhos Ponte - Ag. Inst. Nº 22937-94.2002.8.06.0000/0 - DJ em 24.11.2011)

> "CONSTITUCIONAL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. NEGATIVA AO USUÁRIO EM SITUAÇÃO DE URGÊNCIA COMPROVADA DE FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO(S) E/OU TRATAMENTO(S) MÉDICO(S) ANTE A FALTA DE PREVISÃO CONTRATUAL OU LIMITAÇÃO DO(S) MESMO(S). POSSIBILIDADE DE DANOS IRREPARÁVEIS À SAÚDE E À VIDA DA PARTE AGRAVADA. OFENSA À CONSTITUIÇÃO E AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. - Somente os contratos de adesão de plano de saúde elaborados com obediência às normas do Código de Defesa do Consumidor vinculam as partes. - Ocorrendo situação excepcional de urgência que justifique o atendimento, fica a operadora obrigada a fornecer medicamento(s) e/ou tratamento(s) médico(s), independentemente de previsão ou limitação contratual, em harmonia com os preceitos do CDC. - *In casu*, cuida-se de paciente em estado grave, o qual precisa de cuidados especiais, negados pela UNIMED por não existir previsão para o fornecimento do mesmo no contrato. - Decisão que homenageia, sobretudo, o princípio da dignidade humana, elevado pelo constituinte originário, como um dos pilares do ordenamento jurídico nacional. - Agravo conhecido, mas improvido." (TJCE – 2ª Câmara Cível – Rel. Ademar Mendes – Ag. Inst. nº 2008.0005.9983-9/0, julgado em 28.01.2009)

Sob essa linha de raciocínio, não há que se discutir a irretroatividade da Lei

dos Planos de Saúde (Lei nº 9.656/98), tendo em vista que o consumidor/paciente, por meio dos princípios constitucionais acima delimitados, tem o seu direito à vida e à saúde resguardados de forma plena e imediata.

Por fim, não se entende como incabível, nem tão pouco como abusiva a aplicação de multa diária decorrente do descumprimento de sentença judicial, uma vez que estas visam garantir uma justiça mais efetiva e célere, razão pela qual mantenho o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) por dia de atraso.

O Superior Tribunal de Justiça vem cristalizando o seu entendimento de que, quando razoável e proporcional, o valor arbitrado pelo magistrado "a quo", referente à multa diária, deve ser mantido, para que assim seja efetivado o seu caráter pedagógico de compelir a parte sucumbente ao cumprimento da obrigação imposta.

Sob o mesmo entendimento, ressalte-se o artigo: "Astreintes: multas diárias forçam partes a respeitar decisões judiciais", publicado em 12/12/2010, no site do Superior Tribunal de Justiça, onde a Exma. Ministra Nancy Andrighi conclui que: ,'(…) se o único obstáculo ao cumprimento da decisão judicial é a resistência ou descaso da parte condenada, o valor acumulado da multa não deve ser reduzido.".

Desse modo, mantenho a sentença do magistrado *"*a quo*"*, em todos os seus termos, por entender que negar o custeio do tratamento da agravada, configuraria ato de ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana, consubstanciado, na espécie, direito à vida.

Diante de tais considerações, conheço do recurso, uma vez presentes os requisitos de admissibilidade, mas para, no mérito, negar-lhe provimento.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 18 de abril de 2012.

Agravo de Instrumento nº 4315-30.2003.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravado: Pecém Agroindustrial Ltda
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE EM AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM DECORRÊNCIA DE TRIBUTAÇÃO DE ICMS PELO REGIME DE PAUTA FISCAL.

- O julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie, tanto mais, quando a subsidiar dito convencimento avultam provas de natureza documental, suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia, como no caso de que se cuida, inexistindo, por igual, norma processual a tornar cogente a declaração do julgador das razões a que assim chegara.
- Pelos documentos acostados ao agravo, é possível aferir que a pretensão autoral, consubstanciada na exordial, colacionada às fls. 18/35, deste recurso, se volta contra a tributação de ICMS tomando por base o sistema de pautas fiscais. Na verdade, a nulidade, pretendida pelo recorrido, será decorrência de o magistrado entender pela inaplicabilidade do regime de pauta fiscal ao ICMS. Tudo indica, portanto, que se trata de matéria unicamente de direito.
- Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 4315-30.2003.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará objetivando a reforma da interlocutória de fl. 230 e que anunciou o julgamento antecipado da lide anulatória de lançamento fiscal nº 557296-78.2000.8.06.0001 aforada pela ora recorrida em face do Estado do Ceará, proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza.

A agravante pretende ver modificado o *decisum,* suscitando, em síntese, que a matéria vertida na lide originária diz respeito à impossibilidade da utilização de pautas fiscais de valores mínimos como subsídio para fundamentar a atuação do Fisco,

defendendo que, se o valor da mercadoria declarado pelo contribuinte for inferior ao de mercado, a base de cálculo do imposto poderá ser determinada em ato normativo da autoridade administrativa, conforme critério fixado no art. 35, I, da Lei nº 11.530/1999. Afirma que quando a Secretaria da Fazenda adota a Pauta de Valores Mínimos procede a uma rigorosa pesquisa de preços junto aos contribuintes, chegando aos preços mínimos de determinados produtos.

Argui o recorrente que a questão em julgamento não é simplesmente de direito, mas traduz matéria de fato, sendo "necessário mais algum dado técnico, além dos constantes do processo administrativo, como subsídio para julgar a presente ação", defendendo a realização de perícia contábil nos livros da promovente (fl. 9).

Requereu a reforma da interlocutória de primeiro grau para o fim de determinar a realização de perícia contábil. Juntou os documentos de fls. 13/223.

Contraminuta às fls. 240/250 deduzindo que os questionamentos contidos na petição inicial são eminentemente de direito, pois resta ao julgador apreciar se é devida a tributação com base em pauta fiscal.

Os informes foram apresentados às fls. 255/258.

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, opinando pelo chamamento do feito à ordem, objetivando a regularização processual (fls. 260/262).

Despacho de redistribuição às fls. 276/277.

Em nova manifestação, o nobre membro do *Parquet* de segundo grau opinou pela conversão do presente agravo em retido (fls. 290/294).

É o relato.

VOTO

Descabida é a pretensão recursal.

O julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie, tanto mais, quando a subsidiar dito convencimento avultam provas de natureza documental, suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia, como no caso de que se cuida, inexistindo, por igual, norma processual a tornar cogente a declaração do julgador das razões a que assim chegara.

É o que se afere dos julgados do STJ que há décadas sedimentou tal posicionamento:

> "JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE.
> Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discrição do magistrado no exame da necessidade, ou não, da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório. (…) (REsp 3047/ES, Rel. Ministro ATHOS CARNEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 21/08/1990, DJ 17/09/1990, p. 9514)"
>
> "RECURSO ESPECIAL DA TELEPAR BRASIL TELECOM S/A – ADMINISTRATIVO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO – PRELIMINARES NÃO-ACOLHIDAS –

> SERVIÇO DE TELECOMUNICAÇÕES – LEI N. 9.472/97 – ATRIBUIÇÃO À ANATEL PARA ESTABELECER A ESTRUTURA TARIFÁRIA – RESOLUÇÃO 85/98 – CONCEITO DE ÁREA LOCAL DEFINIDO DE ACORDO COM CRITÉRIOS TÉCNICOS E ECONÔMICOS – TARIFA DE LIGAÇÃO INTERURBANA INCIDENTE SOBRE LIGAÇÕES INTRAMUNICIPAIS – IMPOSSIBILIDADE, NO CASO CONCRETO, DO PODER JUDICIÁRIO ADENTRAR NO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DISPOSIÇÕES DA LEI N. 9472/97. PRECEDENTES DAS PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS.
> (…) 2. O julgamento antecipado da lide não ocasiona cerceamento de defesa quando o Juízo entende que não há mais controvérsia quanto aos fatos nucleares da demanda, restando apenas o deslinde das questões de direito. (…) (REsp 973.686/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 30/09/2009)"

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SÚMULA 182/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FUNDO DE RESERVA DE POUPANÇA. DEVOLUÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO.
> (…) 4. A apuração da suficiência dos elementos probatórios que justificaram o julgamento antecipado da lide e o indeferimento de prova pericial, demanda o reexame fático-probatório. **Ademais, sendo o magistrado o destinatário da prova, cabe a ele decidir sobre o necessário à formação do próprio convencimento.** (…) (AgRg no AgRg no Ag 1044530/PR, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/02/2011, DJe 14/02/2011)" (Grifei)

Pelos documentos acostados ao agravo, é possível aferir que a pretensão autoral, consubstanciada na exordial, colacionada às fls. 18/35, deste recurso, se volta contra a tributação de ICMS tomando por base o sistema de pautas fiscais.

Não se trata de se discutir o valor praticado pelo agravado e que deu ensejo ao auto de infração cuja nulidade se requer no processo principal. Na verdade, a anulação, pretendida pelo recorrido, será decorrência de o magistrado entender pela inaplicabilidade do regime de pauta fiscal ao ICMS. Tudo indica, portanto, que se trata de matéria unicamente de direito. Para corroborar tal entendimento do julgador de primeiro grau, tem-se o posicionamento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "É ilegal a cobrança de ICMS com base no valor da mercadoria submetido ao regime de pauta fiscal. (Súmula 431, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 13/05/2010)"

À vista do exposto, ante a reconhecida discricionariedade do MM. juiz *a quo* para apreciar a incidência da norma do art. 330, I, do Código de Processo Civil, conheço do presente agravo para lhe negar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

PROCESSO Nº 7890-70.2008.8.06.0000/0.
AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL.
AGRAVANTE: ERNESTO SABOIA DE FIGUEIREDO JÚNIOR.
AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA:
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE IMPUTADO AO CONSELHEIRO-PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS DO CEARÁ. PROPOSITURA POR PROMOTORES DE JUSTIÇA. ILEGITIMIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 129, INCISOS II E III, DA CF C/C ART. 29, INCISO VIII, DA LEI Nº 8.625/93. PRECEDENTE DO STJ. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES EMITIDA POR PROMOTOR DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO PRIVATIVA DO CHEFE DO *PARQUET* ESTADUAL. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DOS ARTS. 26, INCISO I, §1º, DA LEI 8.628/93 E 79, §3º, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL. ORGANIZAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA DO MODELO FEDERAL ESTABELECIDO PELA CARTA MAGNA. ATO DE DELEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.

1. Conforme dispõe o art. 29, inciso VIII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625/93) c/c o art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal, compete ao Procurador-Geral de Justiça a promoção de ação civil pública contra Presidentes de Tribunais, hipótese que se ajusta aos aspectos fáticos do caso em questão, haja vista figurar no polo passivo da demanda *sub oculi* o então Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.
2. Os Promotores de Justiça que subscrevem a inicial da ação ora analisada não detêm, por conseguinte, legitimidade para tanto.
3. A prerrogativa conferida pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/1993) aos Desembargadores de Tribunal de Justiça, no que se refere à necessidade de as requisições formuladas pelo órgão ministerial, quando dirigidas a tais autoridades, serem encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça, deverá ser estendida aos membros da Corte de Contas Municipal, uma vez que o art. 79, §3º, da Constituição do Estado do Ceará, determina que citados Conselheiros tenham as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens daqueles.
4. Saliente-se que a Constituição Estadual nada mais fez do que obedecer ao modelo federal estabelecido pelo art. 73, §3º, da Constituição Federal, por força do art. 75 da mesma Carta Política, no que tange à estruturação dos Tribunais de Contas dos Estados e Municípios.

5. *In casu*, a requisição subscrita pela Promotora de Justiça Carmelita Maria Bruno Sales e endereçada ao então Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios é totalmente ineficaz, por absoluta ilegitimidade da signatária, inexistindo, portanto, o dever do recorrente de prestar as informações ali requisitadas.
6. Destaca-se, por oportuno, que não há qualquer prova nos autos que assegure estarem os citados membros do órgão ministerial agindo por delegação do Procurador-Geral de Justiça cearense, o que, do contrário, sanaria o vício apontado, tendo em vista o disposto no art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93.
7. Não houve, pois, por parte da autoridade agravante o cometimento de qualquer infração ou omissão indevida a ser enquadrada no art. 11, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa.
8. Agravo de instrumento conhecido e provido. Decisão reformada.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 25 de julho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto pelo então Presidente do Egrégio Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, Conselheiro Ernesto Saboia de Figueiredo Júnior, em face de decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca que recebeu a ação civil pública por ato de improbidade ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra o recorrente.

A demanda acima citada foi movida haja vista suposta recusa por parte do agravante de responder à requisição e às recomendações emitidas pelo órgão ministerial estadual no que se refere à possível prática de nepotismo no âmbito administrativo daquela Corte.

Em suas razões recursais, o insurgente alega, em síntese, que a Recomendação de nº 01/2007 (fls. 116-117) não possui caráter vinculativo, conforme nela própria ressaltado, motivo pelo qual *jamais se poderia exigir, de quem quer que fosse, qualquer providência*, uma vez tratar-se, na verdade, de *mero aconselhamento não obrigatório.* (fl. 09).

No que toca ao Ofício de nº 41/2007 (fls. 121-122), no qual a eminente Promotora de Justiça Carmelita Maria Bruno Sales requisita ao então Presidente do TCM cearense, no prazo de 20 (vinte) dias, *cópia de toda documentação, inclusive relatório*

nominal de todos os ocupantes de cargos em comissão ou função comissionada, indicando o grau de parentesco e de subordinação com o respectivo agente político ou servidor investido em cargo de chefia, direção e assessoramento, justificando as nomeações já efetivadas, ou em vias de serem realizadas, que entender não configuradoras de afronta aos princípios constitucionais previstos no ***caput*** *do art. 37 da Constituição Federal* [...], o agravante assevera que a insigne integrante do *Parquet* não possui competência para exigir tais informações perante o Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios, já que competiria apenas ao Procurador-Geral de Justiça fazê-lo, nos termos do art. 73, §3º, da Constituição Federal, c/c o art. 79, §3º, da Constituição do Estado do Ceará e com o art. 26, §1º, da Lei federal nº 8.625/93.

Afirma, ademais, que, apesar da incompetência acima citada, expediu documento (Ofício nº 7.222/2007-GP, fl. 124) em resposta ao solicitado pela Excelentíssima Senhora Promotora de Justiça, não se podendo falar, por conseguinte, em recusa ou descumprimento de requisição do órgão ministerial.

Aduz, por fim, que o art. 11, inciso II, da Lei nº 8.429/92, ao tratar dos atos de ofício, refere-se apenas àqueles aos quais o agente público ou servidor está obrigado por lei, ou seja, aos que são inerentes as suas funções, não se reportando a recomendações ou solicitações de outros órgãos públicos.

Por tais motivos, requer a concessão de efeito suspensivo ao presente agravo de instrumento, bem como a reforma da decisão que recebeu a ação civil pública *sub oculi*, a fim de que a demanda em causa seja extinta sem resolução de mérito.

Efeito suspensivo deferido pelo Relator originário, o então Desembargador Raul Araújo Filho (fls. 168-175).

Contrarrazões às fls. 180-194.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo desprovimento da insurreição (fls. 199-205).

Autos processuais encaminhados para o Desembargador Paulo Francisco Banhos Ponte (fl.219) que, no entanto, acusou seu impedimento de atuar no presente feito haja vista ter sido o subscritor das contrarrazões anteriormente apresentadas, quando exercia o cargo de Procurador de Justiça (fls. 220-221).

Processo concluso a este Relator, pela vez primeira, em 05.05.2011 (fls. 225).

É o relatório.

VOTO

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

Cabe analisar, de início, questão preliminar afeta à legitimidade do Promotor de Justiça para ajuizar ação civil pública contra Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios.

Tratando-se de pressuposto processual de validade, que é matéria de ordem pública, insuscetível de preclusão temporal ou consumativa, deve referido tema ser examinado de ofício, mesmo em Segundo Grau de Jurisdição, na forma do art. 267, §3º, do Código de Processo Civil[1].

Conforme dispõe o art. 29, inciso VIII, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.625/93):

> Art. 29. Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, **compete ao Procurador-Geral de Justiça**:
> (...)
> VIII - **exercer as atribuições do art. 129, II e III, da Constituição Federal, quando a autoridade reclamada for** o Governador do Estado, o Presidente da Assembléia Legislativa ou os **Presidentes de Tribunais**, bem como quando contra estes, por ato praticado em razão de suas funções, deva ser ajuizada a competente ação (destaquei).

Já o art. 129, incisos II e III, da Constituição Federal assim preceitua:

> Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
> (…)
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Ao examinar os dispositivos legais acima destacados chega-se à conclusão de que a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público atribui ao Procurador-Geral da Justiça a competência para promover a ação civil pública contra Presidentes de Tribunais, hipótese que se ajusta aos aspectos fáticos do caso em questão, haja vista figurar no polo passivo da demanda *sub oculi* o então Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará.

Impende destacar que aludida atribuição originária prevalece mesmo nas hipóteses em que a demanda deva ser ajuizada em primeira instância, já que tal competência foi fixada em razão das funções exercidas pelos agentes políticos elencados no rol do art. 29, inciso VIII, da Lei 8.625/93 e do grau hierárquico que estes ocupam no respectivo Poder, e não em decorrência do órgão jurisdicional competente para o julgamento do feito.

Descabe, por conseguinte, ação desta natureza contra Presidente de Tribunal de Contas proposta exclusivamente por membros do *Parquet* Estadual que funcionam em primeira instância, pois, caso contrário, as premissas legais acima mencionadas veiculariam comando normativo sem qualquer eficácia jurídica.

Ao julgar caso semelhante em que o Governador do Estado do Acre figurava como sujeito passivo de ação civil pública proposta pelo Ministério Público daquele ente federativo, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. GOVERNADOR DE ESTADO. PROPOSITURA. COMPETÊNCIA. ART. 29, VIII, DA LEI Nº 8.625/93. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.
> 1. Preceitua o art. 29, VIII, da Lei nº 8.625/93, que somente o Procurador-Geral de Justiça é competente, em princípio, para o ajuizamento de ação civil pública (art. 129, III, da Carta Magna) contra Governador de Estado por ato praticado em razão de suas funções.
> 2. Nem mesmo hipoteticamente o art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93 ("Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça: delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução") legitimaria no caso concreto a propositura da referida ação civil pública exclusivamente por membro do *Parquet* Estadual atuante em primeira instância, uma vez que a Corte de origem registrou expressamente a inexistência de qualquer delegação.
> 3. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 851635, Segunda Turma, Ministro CASTRO MEIRA, DJe 07/04/2009).

Apesar de o Ministério Público estar protegido pelos princípios constitucionais da unidade e da indivisibilidade (art. 127, §1º, CF)[2], isto não significa dizer que todos os seus membros estão legalmente habilitados a promover qualquer ação, pouco importando a natureza do feito ou a hierarquia funcional dos demandados.

Destarte, dúvida inexiste de que os eminentes Promotores de Justiça, Francisco Romério Pinheiro Landim e Carmelita Maria Bruno Sales, representantes do *Parquet* estadual que subscrevem a inicial da Ação Civil Pública *sub oculi* (fl. 114), não detêm legitimidade para tanto.

A par disso, defronto-me com outra questão pertinente à falta de justa causa para o recebimento da demanda sob análise.

Trata-se da competência para emissão de requisições por parte do Ministério Público estadual endereçadas aos Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

A já mencionada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público assevera que seus membros, no exercício de suas funções institucionais, poderão requisitar informações necessárias para a instrução de inquéritos civis e procedimentos administrativos pertinentes. Ocorre, no entanto, que quando tais requisições tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, aquelas deverão ser encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça; veja-se:

> Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá:

> I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes e, para instruí-los:
> b) requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;
> §1º **As notificações e requisições previstas neste artigo, quando tiverem como destinatários o Governador do Estado, os membros do Poder Legislativo e os desembargadores, serão encaminhadas pelo Procurador-Geral de Justiça.** (Lei 8.625/1993, destaquei).

Esta necessidade de observância hierárquica, por ocasião da expedição de correspondências, notificações, requisições e intimações do Ministério Público, é, inclusive, reiterada no art. 6º, §8º, da Resolução nº 23, com a redação conferida pela Resolução nº 35, ambas do Conselho Nacional do Ministério Público, *in verbis:*

> Art. 6º […]
> […]
> §8º. As notificações, requisições e intimações ou outras correspondências expedidas por órgãos do Ministério Público dos Estados, destinadas a instruir inquérito civil ou procedimento preparatório observarão o disposto no art. 8º, §4º, da Lei Complementar nº 75/93, no art. 26, §1º, da Lei 8.625/93 e, no que couber, no disposto na legislação estadual.

Por outro lado, o §3º do art. 79 da Constituição do Estado do Ceará[4] afirma que os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça.

Do cotejo de tais dispositivos, deduz-se que a prerrogativa conferida pela Lei nº 8.625/1993 aos Desembargadores do Tribunal de Justiça, no que tange às requisições emitidas pelo *Parquet* estadual, deverá ser estendida aos Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios.

De fato, a interpretação sistemática de referidos enunciados leva à conclusão de que os Conselheiros daquela Corte de Contas se encontram abrangidos pela mesma disposição legal, ou seja, tais requisições, quando a eles dirigidas, deverão ser feitas pelo Procurador-Geral de Justiça.

Buscando combater o entendimento acima exposto, a Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 186, afirma ser *indiferente o fato de a Constituição do Estado do Ceará assegurar as mesmas garantias e privilégios dos desembargadores aos aludidos agentes políticos, posto que mesmo sendo a norma maior de um Estado da federação, à Constituição Estadual nunca poderá ser dada uma interpretação extensiva dessa monta, uma vez que resulta direta ou indiretamente na invasão da competência privativa da União em dispor sobre normas gerais de organização do Ministério Público, através de iniciativa do Presidente da República, de acordo com o art. 61, §1º, da Carta Magna...*

Entretanto, o argumento acima apresentado não merece prosperar, uma vez que a Constituição do Estado do Ceará nada mais fez do que obedecer ao modelo federal

estabelecido pelo art. 73, §3º, da Constituição Federal, de observância obrigatória, por força do que preceitua o art. 75 da mesma Carta Política, no que se refere à estruturação do Tribunal de Contas dos Estados e Municípios; veja-se:

> Art. 73. O Tribunal de Contas da União, integrado por nove Ministros, tem sede no Distrito Federal, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o Território Nacional, exercendo, no que couber, as atribuições previstas no artigo 96.
> [...]
> §3º Os Ministros do Tribunal de Contas da União terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça, aplicando-se-lhes, quanto à aposentadoria e pensão, as normas constantes do art. 40.
>
> Art. 75. As normas estabelecidas nesta seção aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios.

Como se pode constatar, a Carta Magna equiparou o regime jurídico dos Ministros do TCU aos da magistratura, estendendo tais garantias aos membros dos Tribunais de Contas dos Estados e dos Municípios, inclusive, conferindo a mesma prerrogativa de foro outorgada aos Desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, nos termos de seu art. 105, inciso I.

Acerca do assunto, esclarecedor é o trecho do voto do eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Melo, Relator da Medida Cautelar na Ação de Inconstitucionalidade nº 4.190-8/RJ que suspendeu a eficácia da Emenda Constitucional nº 40, de 02.02.2009, promulgada pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, que acrescentou os §§ 5º e 6º ao art. 128 da Constituição do Estado, o qual ora transcrevo:

> "Cabe enfatizar, neste ponto, uma vez mais, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – considerado o teor da Emenda Constitucional estadual 40/2009 -, que inexiste qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, eis que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e as Câmaras Municipais possuem, por expressa outorga constitucional, autonomia que lhes assegura o autogoverno, **dispondo, ainda, os membros que os integram, de prerrogativas próprias, como os predicamentos inerentes à magistratura.**" (destaquei)

Portanto, os Conselheiros das Cortes de Contas não são agentes comuns, mas agentes políticos, e as prerrogativas que se lhes concedem não são privilégios pessoais, porém garantias necessárias ao pleno exercício de suas funções.

Sendo assim, os atributos previstos na Lei Orgânica Nacional do Ministério

Público (Lei nº 8.625/93) para os Desembargadores do Tribunal de Justiça, mais precisamente o de prestar informações somente quando requisitadas pelo Procurador-Geral de Justiça, deverão contemplar igualmente os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios.

Em outros termos, os membros do *Parquet* estadual, que não o Procurador-Geral de Justiça, não possuem competência para requisitar aos Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios qualquer informação necessária à instrução de procedimentos administrativos.

Firmado tal posicionamento, observo, *in casu,* que a requisição subscrita pela Promotora de Justiça Carmelita Maria Bruno Sales encaminhada ao Conselheiro-Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios é absolutamente ineficaz, ante a manifesta falta de competência legal para tanto, inexistindo, por conseguinte, o dever do recorrente de prestar as informações ali requisitadas.

É dizer, não houve por parte da autoridade agravante o cometimento de qualquer infração ou omissão indevida a ser enquadrada no art. 11, inciso II, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)[5], porquanto efetivamente legítima a recusa do insurgente de responder a requisição assinada pela citada Promotora de Justiça, dada a sua completa incompetência para expedir semelhante ato, a implicar flagrante violação à atribuição privativa do Procurador Geral de Justiça.

Em suma, não existiu na ação desse agente político recusa injustificada a atendimento de requisições, ou, ainda, desconsideração ou míngua de respeito à instituição Ministério Público, - órgão de fundamental importância no Estado Democrático de Direito -, mas tão somente a convicção de que tais atos devem ser emanados da autoridade competente, no caso o Chefe do *Parquet* estadual.

De outra banda, constato que não há qualquer prova nos autos que assegure estarem os representantes do MP agindo por delegação do ilustre Procurador-Geral de Justiça cearense, o que, do contrário, sanaria o vício ora apontado, tendo em vista o disposto no art. 29, IX, da Lei nº 8.625/93[6].

Ora, o fato de o então Chefe da Instituição em apreço ter assinado, juntamente com outros Promotores de Justiça, a Recomendação nº 01/2007 (fl. 116), que foi enviada ao Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, não pode ser considerado como uma delegação de poder a fim de legitimar outros membros do Ministério Público a emitir requisições dirigidas ao Presidente da citada Corte de Contas, bem como para o ingresso posterior da demanda em questão.

Tal documento, "sem caráter vinculativo" (fl. 117), apenas aconselha aquela autoridade a tomar determinadas medidas no que pertine ao combate da prática de nepotismo no seio da mencionada Corte.

Do mesmo modo, o despacho anexado às fls. 125, em que o Procurador Geral de Justiça determina o encaminhamento dos autos do Processo Administrativo para a distribuição entre as Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público, não pode ser encarado como um ato de delegação de suas funções de órgão de execução, até mesmo porque a numeração que lá consta faz referência a outro processo administrativo (nº 4706/2007-1) que não aquele em que se deu a suposta recusa do agravante de prestar as informações "requisitadas" pela Promotora Carmelita Maria Bruno Sales (Processo nº 052/2007-5, fl. 115).

Por tudo isso, infere-se que a petição inicial da ação civil pública ora analisada não poderia ter sido recebida pelo Judicante singular, haja vista a inocorrência de ato de improbidade, porquanto não restou configurada a conduta descrita no inciso II, art. 11, da Lei 8.429/1992.

Do exposto, dou provimento ao recurso para, reformando a decisão atacada, rejeitar a ação civil pública em causa, com base no art. 17, §8º, da Lei nº 8.429/1992[7].

É como voto.

---

[1] **CPC, Art. 267.** Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:
§3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos nos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.
[2] **CF, Art. 127.** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
§1º São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.
[3] **CPC, Art. 13.** Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o pro cesso, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito. Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:
I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;
[4] **Constituição Estadual /CE, Art. 79.** O Tribunal de Contas dos Municípios, integrado por sete Conselheiros, tem sede na Capital do Estado, quadro próprio de pessoal e jurisdição em todo o Território Estadual.
§3º Os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos.
[5] **Lei 8.429/92, Art. 11.** Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:
II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
[6] **Lei 8.625/93, Art. 29.** Além das atribuições previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, compete ao Procurador-Geral de Justiça:
IX - delegar a membro do Ministério Público suas funções de órgão de execução.
[7] **Lei 8.429/92, art. 17.** A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.
§8º Recebida a manifestação, o juiz, no prazo de trinta dias, em decisão fundamentada, rejeitará a ação, se convencido da inexistência do ato de improbidade, da improcedência da ação ou da inadequação da via eleita.

Mandado de Segurança

Nº: 2005.0000.1925-0/0
MANDADO DE SEGURANÇA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: RAIMUNDO ALBERTO MORAIS LIMA
IMPETRADA: SECRETÁRIA DE EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Mandado de segurança.
- Inexiste direito líquido e certo à investidura no cargo de Diretor de Escola Pública, em virtude de aprovação em concurso, se a própria realização do certame não encontra amparo constitucional.
- O STF, por várias vezes, declarou a inconstitucionalidade de eleições para o preenchimento de cargos de diretores de unidades de ensino público, por se tratar de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo.
- Segurança denegada por unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- O impetrante afirma ter sido aprovado na etapa seletiva do concurso público, de provas e títulos, para o cargo de diretor de Escola Pública, regido pelo edital nº 02/2004, e que apesar de ter obtido o maior número de votos na fase eletiva, não pôde ser nomeado e empossado no almejado cargo, porque a Comissão Eleitoral Regional Estadual entendeu que para a validade da eleição, deveria ter havido um *quorum* de 50% mais um, contrariando assim, a Lei nº 13.513/2004 e violando o princípio da legalidade.

Alega, pelas razões acima esposadas, direito líquido e certo à vitória no certame.

Documentação acostada às fl.s. 11/18.

Indeferida a liminar à fl.s. 24, vieram os informes de fl.s. 34/37.

Instada a se manifestar, a PGJ opinou pela denegação da segurança.

Relatado, no que importa, decido.

2- Não se vislumbra o direito líquido e certo aduzido pelo impetrante, de vez que a Administração Pública não possui a prerrogativa de realizar concurso para provimento dos denominados cargos em comissão, aqueles destinados exclusivamente às atribuições de direção, chefia e assessoramento, consoante o art. 37, V, da Constituição da República.

Assim sendo, e mesmo sob o argumento de maior democratização, não é lícita, ou melhor, é inconstitucional, como o Supremo por várias vezes já declarou, a imposição de condições para a ocupação dos cargos que o administrador pode dispor, nomear e exonerar livremente.

Frise-se, por oportuno, o posicionamento do STF sobre a matéria: "Normas que prevêem eleições diretas, com participação da comunidade escolar. Ofensa aparente

aos arts. 2º, 37, II, 61, § 1º, II, "c", e 84, II e XXV, da CF. Risco manifesto de dano à administração pública. Medida cautelar concedida. Precedentes. Deve ser concedida, em ação direta de inconstitucionalidade, medida cautelar para suspensão da vigência de normas de Constituição e de leis estaduais que prevêem eleições diretas, com participação da comunidade escolar, para os cargos de direção das instituições de ensino mantidas pelo Poder Público" (Pleno, ADI 2997 MC/RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe de 06/02/2004) e "É competência privativa do Chefe do Poder Executivo o provimento de cargos em comissão de diretor de escola pública. (…) Eleição para o preenchimento de cargos de diretores de unidade de ensino público. Inconstitucionalidade. Ação Direta de Inconstitucionalidade procedente" (Pleno, ADI 578/RS, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJe de 18/05/2001).

Repisando obviedade, se nem a legislação estadual possui o condão de desvirtuar a natureza jurídica dos cargos em comissão, como o de Diretor de Escola Pública, não pode um edital fazê-lo, porquanto a realização do próprio certame não encontra amparo legal ou constitucional.

3- Do que posto, **ACORDA** o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, por unanimidade de votos, em denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 30 de outubro de 2008.

MANDADO DE SEGURANÇA nº 0015975-84.2004.8.06.0000
Impetrante: MARIA IRISMAR HOLANDA CAMPOS
Impetrado: PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ E OUTROS
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA:
CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SUPERINTENDENTE DO IPEC E DOS PRESIDENTES DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO CEARÁ E DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ. LEGITIMIDADE DOS SECRETÁRIOS DE ADMINISTRAÇÃO E DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ. MÉRITO. REDUÇÃO DE PROVENTOS DE PENSIONISTA DE EX-DEPUTADO ESTADUAL E EX-CONSELHEIRO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. TETO REMUNERATÓRIO. SUBSÍDIO DE DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO. APLICAÇÃO DO INCISO XI, DO ARTIGO 37, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 C/C ART. 17, DO ADCT, EM SUA REDAÇÃO ORIGINÁRIA.

1. Hipótese em que a impetrante, viúva de ex-Deputado Estadual e ex-Conselheiro do TCM (Tribunal de Contas dos Municípios), percebendo 3 (três) pensões do Estado, alega direito adquirido à percepção das pensões nos valores integrais e anteriores às emendas constitucionais, sem a incidência do chamado "abate-teto".

2. Com a implantação do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará - SUPSEC, a previdência estadual passou a ser administrada pelos Secretários da Fazenda e da Administração, nos termos do art.1º da Emenda Constitucional Estadual nº 52/2003. Deve-se reconhecer a ilegitimidade do Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e do Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios, para figurarem no polo passivo desta ação mandamental, pelo fato de que tais autoridades não possuem mais poderes para modificar o ato questionado, restando todavia correta a indicação dos Secretários de Administração e da Fazenda do Estado do Ceará.

3. Após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19.12.2003, a questão restou solucionada em termos normativos: a partir desta data os vencimentos, subsídios, vantagens pessoais ou quaisquer espécies remuneratórias devem figurar no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo de teto salarial.

4. A incidência imediata do teto remuneratório previsto na EC nº 41/03 e na EC nº 56/04, das Constituições Federal e Estadual, respectivamente, às pensões percebidas pela impetrante não implica em ofensa ao direito

adquirido e à irredutibilidade dos vencimentos.
5. No âmbito estadual, é de se reconhecer hígida a instituição do sub-teto contido na EC nº 56/2004, de modo que sendo a impetrante pensionista de ex-conselheiro do Tribunal de Contas dos Município, é cabível a observância da limitação máxima da sua remuneração ao subsídio percebido pelos membros do Poder Judiciário (Art. 79, § 3º, da Constituição do Estado do Ceará).
6. Segurança denegada.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança n.º 0015975-84.2004.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda o Órgão Especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, DENEGAR A SEGURANÇA, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 26 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança interposto por MARIA IRISMAR HOLANDA CAMPOS contra atos apontados abusivos e ilegais dos Exmos. Senhores PRESIDENTES do Egrégio TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS e da Augusta ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA, em litisconsórcio com os Senhores SECRETÁRIOS de ADMINISTRAÇÃO e da FAZENDA, e, ainda, com o SUPERINTENDENTE DO INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA - IPEC, todos do Estado do Ceará**,** que fixaram teto remuneratório para as três pensões da impetrante.

Sustenta a impetrante ser pensionista pelo falecimento de seu marido, Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios e ex-Deputado Estadual , Antônio de Pádua Campos, e que, além de auferir pensão decorrente do Montepio Civil ante o fato daquele ter contribuído para com o Instituto de Previdência do Estado – IPEC, recebe também pensões derivadas do exercício do cargo de seu falecido marido como Conselheiro do T.C.M e como Parlamentar. Diz que vinha recebendo normalmente suas pensões quando, de inopino, tais verbas foram reduzidas com o abate-teto.

Ao seu entendimento, o abate-teto ofende o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada, a irredutibilidade de vencimentos e a proibição de Emenda Constitucional do Poder derivado modificar situações já consolidadas pelo particular.

Pleiteia, assim, o direito de não submeter suas pensões ao(s) teto(s) remuneratório(s) aplicados pelos poderes aos quais se vinculam aquelas, restituindo-se-lhes as parcelas suprimidas, a partir de janeiro de 2004.

Acostados à inicial vêm os documentos de fls. 57/78.

Nas informações de fls. 85/90, o Presidente da Assembléia Legislativa

aduz preliminar de ilegitimidade passiva ao argumento de que a impetrante não recebe proventos ou remuneração em folha gerenciados pelo Poder Legislativo.

Liminar deferida às fls. 96/104.

Apesar de devidamente notificados, os Secretários de Administração e da Fazenda e o Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios, não apresentaram as informações no decêndio legal.

No parecer de fls. 116/125, a ilustre Representante do *Parquet* manifestou-se pela concessão parcial da segurança.

É o relatório.

VOTO

De início registro que após a implantação do Sistema Único de Previdência Social dos Servidores Públicos Civis e Militares, dos Agentes Públicos e dos Membros do Poder do Estado do Ceará - SUPSEC, a previdência estadual passou a ser administrada pelos Secretários da Fazenda e da Administração, nos termos do art.1º da Emenda Constitucional Estadual nº 52/2003. Leia-se:

> **Art. 1º** O *caput* do art. 330 da Constituição Estadual passa a ter a seguinte redação: "Art. 330. A previdência social dos servidores públicos estaduais, civis e militares, agentes públicos e dos membros de Poder, ativos, inativos e pensionistas, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e do Ministério Público é organizada em Sistema Único, administrado pelo Poder Executivo, através das **Secretarias da Fazenda e da Administração, nos termos da Lei.**(negritei)

Em face dessas razões, reconheço a ilegitimidade do Superintendente do Instituto de Previdência do Estado do Ceará – IPEC, do Presidente da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará e do Presidente do Tribunal de Contas dos Municípios, para figurarem no polo passivo desta ação mandamental, pelo fato de que tais autoridades não possuem mais poderes para modificar o ato questionado, restando, todavia correta a indicação dos Secretários de Administração e da Fazenda do Estado do Ceará.

Passo à análise de mérito da impetração.

Extrai-se do caderno processual que a impetrante, Sra. Maria Irismar Holanda Campos percebe, regularmente, três pensões:

a) 1ª pensão decorrente da condição de seu falecido marido como Conselheiro do Tribunal de Contas dos Municípios, no valor de R$ 13.262,36(treze mil, duzentos e sessenta e dois reais e trinta e seis centavos), fls. 63;

b) 2ª pensão decorrente do montepio civil da Magistratura, Lei nº 12.342/94, no valor de R$13.262,36(treze mil, duzentos e sessenta e dois reais e trinta e seis centavos), fls. 72; e

c) 3ª pensão decorrente da condição de viúva de ex-parlamentar no valor

de R$ 9.540,00(nove mil, quinhentos e quarenta reais),fls.73.

Em suma, sua remuneração mensal líquida somava, em janeiro de 2004, fls.72/73, R$ 36.064,72(trinta e seis mil, sessenta e quatro reais e setenta e dois centavos)

Com o advento da Emenda à Constituição Federal nº 41/2003 e da Emenda à Constituição Estadual nº 56/2004, a impetrante sofreu redução em suas pensões através da incidência do "abate-teto", passando a perceber em fevereiro de 2004, pelas três pensões, a importância de R$ 13.262,36 (treze mil, duzentos e sessenta e dois reais e trinta e seis centavos), fls. 75/77.

Na hipótese, não se refere a impetração à intangibilidade de vantagens pessoais; discute, tão-só, a impossibilidade de abate-teto nas suas pensões.

A discussão trazida a lume gira em torno de ser possível ou não ao legislador constituinte derivado, por intermédio de Emendas Constitucionais, limitar direito adquirido e em pleno exercício antes de sua edição, eis que o poder constituinte originário, dado que cria um novo estado de direito, rompe com o ordenamento jurídico anterior, não cabendo falar nesta hipótese – e aí doutrina e jurisprudência são pacíficas – em direito adquirido em face da constituição.

Além disso, uma nova constituição, como diz o Ministro Moreira Alves, tem aplicação imediata e é retroativa em grau mínimo, daí porque se afirma, correntemente, inexistir direito adquirido em face dela, quando se tratar, repita-se, de poder constituinte originário.

Convém entender o assentamento da matéria perante o excelso Supremo Tribunal Federal.

A redação original da Constituição Federal previa limites máximos de remuneração dos servidores no âmbito de cada ente da Federação e, especificamente, em cada Poder (redação do art. 37, XI), no que se convencionou chamar teto e sub-tetos.

À época, o Supremo Tribunal Federal interpretou que as parcelas pessoais, como o adicional por tempo de serviço e a gratificação de assiduidade, por exemplo, estariam isentas do cálculo do limite máximo, conforme se percebe no julgamento do RE n° 194100/ES, de que foi Relator o Min. Ilmar Galvão, DJ de 19.09.97.

Posteriormente, com a edição da Emenda Constitucional 19/1998, o legislador derivado unificou o teto, determinando que este seria o subsídio dos ministros do Supremo Tribunal Federal, e dispondo, todavia, que neste limite estariam todas as parcelas, inclusive as vantagens pessoais e os valores porventura acumulados. Ademais, previu que tais vantagens deveriam ser aplicadas de modo singelo, fazendo com que incidissem somente sobre o provento-base, e não umas sobre as outras.

O Pretório excelso, então, instado a se manifestar sobre a matéria, inclinou-se no sentido de que a norma constitucional oriunda da EC/19 não era auto-aplicável. Ademais, enquanto não fosse definido o valor do subsídio, não poderia a Administração implantar o abate-teto para obstar o recebimento de vantagens pessoais e valores acumulados, permanecendo os servidores, portanto, a receber remuneração acima do subsídio dos ministros do STF (quanto ao tema, vide ADI n°2075-RJ, Relator Min.

Celso de Mello, julgado em 07.02.2001, Tribunal Pleno; RMS n. 11.459-0-PI, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, DJ de 22.3.2005).

Sobreveio, enfim, a Emenda Constitucional nº 41, que voltou a indicar tetos diferentes para cada esfera de poder, nos seguintes termos:

> "Art. 37...
> [*omissis*]
> 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 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, aplicando-se como limite, nos Municípios, o subsídio do Prefeito, e nos Estados e no Distrito Federal, o subsídio mensal do Governador no âmbito do Poder executivo, o subsídio dos Deputados Estaduais e Distritais no âmbito do Poder Legislativo e o subsídio dos Desembargadores do Tribunal de Justiça, limitado a noventa inteiros e vinte décimos por cento do subsídio mensal, em espécie, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no âmbito do Poder Judiciário, aplicável este limite aos membros do Ministério Público, aos Procuradores e aos Defensores Públicos".

Assim, nos Estados foram criados três sub-tetos: o do Poder Executivo, que é o subsídio do Governador do Estado; o do Legislativo, cujo limite é o fixado para os Deputados Estaduais; e, finalmente, no Poder Judiciário, o dos Desembargadores, servindo o subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, como limite para todos os poderes, em qualquer esfera. Conforme se verá, ainda aqui, o Supremo Tribunal Federal fazia ressalva expressa às vantagens pessoais.

Por força do dispositivo constitucional em análise, cada Estado estabeleceu o limite máximo da remuneração de seus servidores.

Inicialmente, o entendimento de alguns Tribunais do País, e meu próprio, foi no sentido de que as vantagens pessoais estariam excluídas do teto, até conformarem-se ou serem absorvidas pelo valor do teto remuneratório.

Todavia, o próprio Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, o Superior Tribunal de Justiça e alguns Tribunais Regionais Federais, todas lançadas no final de 2006 e em 2007, afinaram o entendimento, no sentido de que, entre o período da entrada em vigor da EC nº 19 e a EC nº 41/2003, pelo fato de não ser a primeira auto-aplicável, as vantagens estariam excluídas do valor máximo; por seu turno, após a EC 41/2003, ditas vantagens individuais, assim como os vencimentos e subsídios, estariam juntos e sujeitos ao teto remuneratório.

Senão, veja-se:

> "**Despacho**

DECISÃO: Debate-se no presente recurso extraordinário: [I] a constitucionalidade da fixação de sub-tetos da remuneração do funcionalismo público estadual e [II] a possibilidade de inclusão das vantagens pessoais nesse limite, posteriormente à vigência da EC 41/03. 2. O Tribunal *a quo* afirmou que a faculdade conferida aos Estados-membros, de instituir tetos remuneratórios, viola direito adquirido e o princípio da segurança jurídica. Sustentou ainda que o percentual referente às vantagens pessoais não é computado para o cálculo do teto, nos termos da redação original do artigo 37, XI, da CB/88, que não poderia ser alterada por emenda constitucional. 3. O recorrente alega afronta ao disposto no artigo 37, XI, da CB/88 e no artigo 17 do ADCT. 4. Assiste razão ao recorrente. O Supremo firmou entendimento no sentido de afirmar a constitucionalidade da fixação de sub-tetos inferiores ao previsto na Constituição do Brasil para os servidores públicos estaduais [RE n. 220.397, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 16.6.99]. 5. A EC 41/03 alterou o inciso XI do artigo 37 da CB/88 e manteve a inclusão das vantagens pessoais no cálculo do teto remuneratório. 6. O Pleno deste Tribunal, no julgamento do MS n. 24.875, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Sessão do dia 11.05.06, reviu sua jurisprudência. Rejeitou, por unanimidade, o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade do vocábulo "pessoais", no texto do artigo 37, XI, da CB/88. Dou provimento ao recurso com fundamento no disposto no artigo 557, § 1º-A, do CPC, para declarar a constitucionalidade do teto estadual, no qual devem ser incluídas as vantagens de caráter pessoal. Publique-se. Brasília, 27 de novembro de 2006. Ministro Eros Grau – Relator" (RE 511674 / MG - MINAS GERAIS, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, MIN. EROS GRAU, Partes RECTE.(S): ESTADO DE MINAS GERAIS, RECTE.(S): ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, RECDO.(A/S): MARCELO JACQUES MARTINS DA CUNHA MARINHO. Julgamento 27/11/2006, Publicação DJ 27/02/2007 PP-00083)

"RECURSOORDINÁRIO.MANDADODESEGURANÇA.PROVENTOS REDUZIDOS GRADATIVAMENTE COM FUNDAMENTO EM LEI ESTADUAL. ATOS SUCESSIVOS. DECADÊNCIA AFASTADA. TETO REMUNERATÓRIO. NÃO APLICAÇÃO SOBRE AS VANTAGENS PESSOAIS. PERÍODO ANTERIOR À EC 41/2003. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

1. [*omissis*]

2. No que se refere ao período anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça pacificou-se no sentido de que as vantagens de caráter pessoal não estão sujeitas ao teto remuneratório previsto no artigo 37, inciso XI, da Constituição Federal ou em lei estadual ou municipal que estabeleça sub-teto de vencimento dos servidores locais.

3. Recurso ordinário provido. Exclusão da incidência do teto remuneratório sobre as vantagens pessoais recebidas pelo impetrante desde a data da impetração até o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003" (STJ, RMS 3804/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJ de

> 30.10.2006, unânime);
>
> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. TETO CONSTITUCIONAL. VANTAGENS PESSOAIS. EXCLUSÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE.
> 1.O Supremo Tribunal Federal, em face das disposições contidas no art. 37, XI, da CF/88 c/c art. 17 do ADCT, na sua redação original, ao julgar a ADI n. 14/DF, assentou orientação no sentido de que devem ser excluídas do teto remuneratório as vantagens de caráter individual, até que fossem fixados o valor dos subsídios dos seus Ministros.
> 2.O TRF – 1ª Região, por sua Primeira Seção, no julgamento da Ação Rescisória nº 2002.01.00.034915-3/PA, DJU de 10.02.2004, fixou o entendimento no sentido de que a exclusão das vantagens pessoais do teto remuneratório dos servidores públicos, previsto no artigo 37, XI, da CF/88, só deve ser considerada até 05.02.2004, data em que o STF, em Seção Administrativa, fixou o valor dos subsídios mensais dos Ministros daquela Corte.
> 3.A ação, objeto do presente recurso, foi ajuizada pelos autores em 1º de agosto de 1994 (fl. 03), ocasião em que o julgado do Tribunal Pleno do Excelso Pretório (ADI n. 14/DF) ainda produzia seus efeitos jurídicos, sendo inegável o direito à percepção dos seus vencimentos, afastando-se do teto remuneratório as suas vantagens pessoais, até 05.02.2004.
> *4*. [*omissis*]
> 5. [*omissis*]
> 6. [*omissis*]
> 7. Apelação parcialmente provida" (TRF, 1ª Região, Apelação Cível nº 96.01.20595-0-MG, 2ª Turma, Rel. Desembargador Federal Iran Velasco Nascimento, julgado em 06.12.2006, sem grifos na origem).

No mesmo sentido: STF, RE 511674/MG, Min. Eros Grau, DJ de 27.02.2007, p. 83; RE 505133/MG, Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2006, p. 130; RE 486180/MG, Min. Eros Grau, DJ de 23.11.2006, p. 92.

No seio do STJ: RMS 3804/RJ, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 30.10.2006; RMS 17.389/SC, Rel. Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, DJ de 18.9.2006.

Nestes termos, a conspícua Ministra Carmen Lúcia explicitou:

> "[*omissis*]
> Este Supremo Tribunal firmou o entendimento segundo o qual, se a controvérsia diz respeito a período anterior à Emenda Constitucional n. 41/2003, as vantagens pessoais devem ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37, da Constituição Federal" (STF, RE 505133/MG, Min. Cármen Lúcia, DJ de 21.11.2006, p. 130, sem grifos na origem).

Ainda mais, extrai-se do informativo nº 425, do colendo STF, disponível no *site* do órgão, referente ao julgamento do Recurso Extraordinário nº 274746, decisão no sentido de que "antes do advento da Emenda Constitucional 41/2005, não se computam

as vantagens de caráter pessoal para o cálculo do teto de remuneração previsto no art. 37, XI, da CF, na sua redação original" (julgamento de 2.5.2006, relator Min. Gilmar Mendes).

Dessa forma, após o advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19.12.2003, a questão restou solucionada em termos normativos: a partir desta data os vencimentos, subsídios, vantagens pessoais ou quaisquer espécies remuneratórias devem figurar no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo de teto salarial.

Não foi outro o sentido do voto do eminente Ministro do egrégio Superior Tribunal de Justiça, Gilson Dipp, para quem " a partir da entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, publicada em 19 de dezembro de 2003, fixando provisoriamente em seu art. 8º o subsídio mensal do Ministro do Supremo Tribunal Federal, restou regulamentado o art. 37, XI, da Constituição Federal, ou seja, a partir desta data deixou de existir impedimento à inclusão das vantagens de natureza pessoal, ou de qualquer outra natureza, no cômputo da remuneração do servidor para fins de cálculo do teto salarial".

Ao final, arremata sua Excelência:

> "Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno, impondo-se, todavia, a data da entrada em vigor da Emenda Constitucional 41/2003, como limite temporal à exclusão das Gratificações Nominalmente Identificáveis instituídas pelos arts. 90, da Lei 6.745/85 (Estatuto dos Servidores Públicos do Estado de Santa Catarina) e 16 da Lei 1.114/88, do somatório pra fixação do limite máximo remuneratório" (v. AgRg no MS 17.789, rel. Min. Gilson Dipp, sem grifos no original).

Esta, a meu sentir, é a conclusão correta da interpretação da Emenda Constitucional e da decisão do Supremo Tribunal quando negou, no MS nº 24.875-1/DF, datado de 11.5.2006, a inconstitucionalidade da expressão "vantagem pessoal".

Diante deste contexto, após a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 41/2003, 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, Estados, 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 STF, ou, sendo o caso, do sub-teto respectivo.

Não posso olvidar que o caso concreto não trata de vantagem de natureza pessoal incorporada, tanto assim que a impetrante em nenhum momento se refere a tais verbas ou demonstra qual(is) foi(ram) reduzida(s). Entrementes, ainda que se tratasse de vantagem pessoal, somente os descontos porventura efetivados até a promulgação da Emenda Constitucional nº 41/03 estariam cobertas, o que não é o caso destes autos.

Concluindo: não há como deixar de submeter as pensões da impetrante ao teto remuneratório, que, no caso, é o dos membros do Poder Judiciário já que a mesma recebe o montepio civil conforme a Lei nº 12.342/94(Código de Divisão e Organização Judiciária do Estado do Ceará). Com efeito, conforme estabelece o art.79, § 3º da Constituição do Estado do Ceará, " Os Conselheiros do Tribunal de Contas dos Municípios terão as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Desembargadores do Tribunal de Justiça e somente poderão aposentar-se com as vantagens do cargo quando o tiverem exercido efetivamente por mais de cinco anos."

Por todo o exposto, denego a segurança haja vista a impossibilidade de evitar a submissão dos rendimentos da impetrante ao limite do teto remuneratório aplicado aos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

É como voto. Sem honorários. (Art. 25 da Lei 12.016/2009.)

Fortaleza, 26 de abril de 2012.

PROCESSO Nº 0002527-34.2010.8.06.0000/50001
NATUREZA: MANDADO DE SEGURANÇA
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE: FRANCISCO ELIONALDO MORAES DE ARAÚJO
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ E SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. CONCURSO PÚBLICO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO CEARÁ. LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO ULTRAPASSADO EM VIRTUDE DA DEMORA IMPUTADA EXCLUSIVAMENTE AO ENTE PÚBLICO CONTRATANTE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SEGURANÇA CONCEDIDA.

I - É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre a desnecessidade de citação dos demais candidatos inscritos no certame para integrarem a lide como litisconsortes passivos, não havendo entre eles comunhão de interesses, como ocorrido na hipótese dos autos. Preliminar rejeitada.

II - Quanto à suposta decadência da impetração, devem ser consideradas as particularidades do caso concreto para se determinar o "dies a quo" do prazo decadencial de impetração do "writ", visto que ao tempo do edital inicial o impetrante satisfazia com sobra a exigência relativa à idade para admissão no curso de formação, somente lhe prejudicando o edital de convocação para a fase consistente no curso instrutório, daí porque se conclui pela tempestividade mandamental.

III - Em que pese haver previsão legal e editalícia concernente ao limite máximo de 30 (trinta) anos de idade aferido na data da inscrição do curso de formação, não merece ser excluído do concurso quem, ao tempo da inscrição no certame, contava com menos de 29 (vinte e nove) anos atendia o requisito do limite de idade, mormente porque, na esteira dos precedentes do STF, o candidato não pode ser penalizado pela demora da Administração Pública em realizar todas as fases do concurso, nem mesmo pela imprecisão do edital a este respeito.

IV - Segurança concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de mandado de segurança, processo nº 0002527-34.2010.8.06.0000/50001, em que figuram as partes retro

indicadas,

ACORDAM os desembargadores integrantes do órgão especial do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conceder a segurança neste "mandamus", nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Francisco Elionaldo Moraes de Araújo, em face da possibilidade da ocorrência de situação concreta e objetiva, indicativa de iminente lesão a direito líquido e certo, por parte de atos dos Excelentíssimos Secretários de Segurança Pública e Defesa Social e do Planejamento e Gestão deste Estado do Ceará.

O impetrante alega que: a) logrou êxito na primeira etapa do concurso público para ingresso no cargo de Soldado da Polícia Militar do Ceará (PMCE), sendo convocado para segunda etapa, que consiste na inspeção de saúde; b) na data de sua inscrição no concurso ainda iria completar 29 anos, pois nasceu em 23.06.1979 (fl. 40), preenchendo os requisitos do Edital; c) o Edital do Concurso, datado de 09.06.2008 – fls. 41/58, determina que o candidato, no ato da matrícula para o Curso de Formação Profissional, deverá ter idade inferior a 30 anos; d) vislumbra ter o seu direito obstado de participar do Curso de Formação Profissional, terceira etapa do Concurso, em virtude de sua faixa etária; e) não deu causa à presente celeuma, e que a demora injustificada do Estado em convocar os candidatos é que a provocou.

Requereu, em sede de liminar, que fosse assegurado a participação do impetrante no Curso de Formação Profissional, assim como em todas as fases subsequentes do referido concurso, permanecendo no certame em igualdade de condições com os demais candidatos "sub judice", inclusive para fins de nomeação e posse, em caso de aprovação.

Com a peça inicial foram acostados os documentos de fls. 38/119. Posteriormente, o impetrante colaciona documentos comprobatórios de sua qualificação na segunda etapa do certame, na qual foi considerado habilitado nos exames médicos a que se submeteu – fls. 127/129, além do indeferimento da matrícula em razão da idade.

Esta relatoria deferiu a medida liminar requestada às fls. 139/141, para o fim de que as autoridades apontadas como coatoras se abstenham de impedir ao impetrante que participe do Curso de Formação Profissional, bem assim todas as fases subsequentes, sendo-lhe assegurados os mesmos direitos dos demais candidatos que se submeterão ao referido curso.

Informação prestada pelas autoridades impetradas às fls. 150/172.

Manifestação do representante judicial do Estado do Ceará às fls. 174/188.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou, às fls. 493/497, pela denegação da segurança.

É o breve relato.

VOTO

Analisando novamente a matéria em tablado, debrucei-me mais uma vez no caso, valendo-me de acurada doutrina e jurisprudência pátria, para confirmar a liminar dantes deferida, lastreada, para tanto, em abalizadas decisões que este Sodalício vem proferindo em situações análogas a ora apreciada.

Antes de adentrar ao mérito, se faz necessário analisar as questões preliminares arguidas.

a) Da falta de interesse processual ante o fato do curso de formação já ter se iniciado.

Não vislumbro falta de interesse processual, nem mesmo a incidência de perda do objeto, ou mesmo impossibilidade jurídica do pedido de urgência.

Com efeito, a liminar deferida por esta relatoria permitiu que o impetrante ingressasse no curso de formação, 3ª etapa do certame, poucos dias após o início do Curso de Formação, porém, pelo que consta dos autos, sua ausência no curso por este curto período não resultou em maiores prejuízos ao impetrante, visto que tem logrado êxito nas provas realizadas nesta fase do concurso.

No mais, frise-se que o Curso de Formação é uma etapa do certame, o qual tem caráter classificatório e eliminatório, o que implica dizer que o candidato, esteja ele **"**sub judice" ou não, deixando de lograr êxito nesta fase, por razões inerentes à avaliação posta em igualdade de condições a todos os candidatos, não poderá prosseguir no concurso.

Assim, caso o impetrante não fosse satisfatoriamente avaliado, seria, por consequência, eliminado, pois a medida deferida permitiu tão somente que o candidato prosseguisse nas fases do concurso em igualdade de condições com os demais candidatos, não lhe garantido, pois qualquer privilégio em relação aos demais postulantes.

Aponte-se, por outro lado, que o impetrante protocolou o presente "mandamus" alguns dias antes de se iniciar o Curso de Formação, porém, diante do acúmulo de processos e de pedidos de urgência distribuídos aos gabinetes deste Sodalício, incluindo-se, aqui, o desta relatoria, não foi possível analisar o pedido liminar imediatamente, tendo sido feito somente após o início do aludido curso.

Por conseguinte, entendo que o impetrante não pode ser prejudicado pela demora na prestação jurisdicional, especialmente quando há plausibilidade de direito na hipótese.

Nesse sentido, cito o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça, "mutatis mutandis":

> "RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO. ENCERRAMENTO DO PRAZO DE VALIDADE DO CONCURSO. PERDA DO OBJETO DA AÇÃO.

> NÃO-OCORRÊNCIA.
> O encerramento do prazo de validade do concurso não acarreta a perda do objeto de ação anteriormente ajuizada com o objetivo de sanar ilegalidade consistente na omissão e não nomeação dos candidatos aprovados, sob pena de o candidato lesado ser punido pela demora na prestação jurisdicional. Recurso conhecido e provido".
> (RMS 24.733/PA, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 12/05/2008). (Grifei).

Feitas tais considerações, rejeito preliminar suscitada.

No que se refere à necessidade da formação do litisconsórcio passivo com os outros candidatos aprovados, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, não havendo entre o impetrante e os demais candidatos inscritos no certame comunhão de interesses, como ocorrido na hipótese dos autos, mostra-se desnecessária a citação destes para integrarem a lide como litisconsortes passivos. Vejamos precedentes daquela Egrégia Corte:

> "AGRAVO INTERNO. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. ART. 47 DO CPC. DESNECESSIDADE. INOVAÇÃO. DESCABIMENTO. 1. É desnecessária a citação dos demais concursandos como litisconsortes necessários, nos casos em que a sentença não atinge a esfera jurídica de todos eles. Precedentes. 2. (*omissis*). Agravo interno improvido". (AgRg no REsp 902.597/AL, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 15/05/2008, DJe 02/06/2008).

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO. DESNECESSIDADE. 1. 'Não havendo entre os recorridos e os demais candidatos inscritos no certame comunhão de interesses, afigura-se desnecessária a citação destes para integrarem a lide como litisconsortes necessários'. (AgRg no REsp nº 683.202/AL, Relator o Ministro Gilson Dipp, DJU de 28/2/2005). 2. Agravo regimental a que se nega provimento".
> (AgRg no Ag 878.072/RJ, Rel. Ministro PAULO GALLOTTI, SEXTA TURMA, julgado em 18/10/2007, DJ 12/11/2007 p. 325).

Associado a tais precedentes, afasto a preliminar arguida.

Quanto à decadência, é cediço que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento segundo o qual o prazo decadencial do direito de impetrar mandado de segurança começa a fluir da data da publicação do edital do concurso público, oportunidade em que o candidato pode se insurgir contra as regras contidas em referido instrumento convocatório.

Todavia, na hipótese, devem ser consideradas as particularidades do caso concreto para se determinar o "dies a quo" do prazo decadencial de impetração do

"writ".

Inicialmente, ressalte-se que a publicação do Edital inicial do concurso se deu em 09.06.2008 (fls. 41/58), quando o impetrante ainda iria completar 29 anos, pois nascido em 23.06.1979 (fl. 40).

Aponte-se, ainda, que o presente "mandamus" foi impetrado em 25.01.2010, após a sua convocação também por edital (fls. 79/81), datado de 28.12.2009, para participar da 2ª turma do Curso de Formação para Policial Militar do Estado, ocasião em que já havia atingido a idade limite de 30 anos, conforme disposição do Edital.

Observa-se, assim, que o impetrante atendia, com sobra, o limite de idade estabelecido à época da publicação do Edital inicial, pois contava com menos de vinte e nove anos de idade, conforme se depreende do documento acostado à fl. 40.

Todavia, em razão da demora da Administração Pública para efetivar as demais fases do certame, incluindo-se o Curso de Formação, quando chamado a participar do aludido curso pelo edital próprio, já havia atingido o limite da idade prevista, momento que consolidou a ofensa a direito.

Diante destas considerações, a primeira reflexão a ser feita, neste caso, é se havia viabilidade para o ora impetrante ajuizar por mandado de segurança ao tempo da publicação do edital inicial em comento, discutindo a referida regra edilícia.

Na época da publicação do certame, como visto, o impetrante atendia, com folga, o requisito para participar do Curso de Formação, se aprovado fosse nas etapas anteriores, não havendo, então, ato coator, ou mesmo direito líquido e certo, a fundamentar a impetração do "writ", pelo menos naquele momento.

Entretanto, com a demora da administração pública em realizar o Curso de Formação, o transcurso do tempo veio a prejudicar o impetrante, fazendo com que atingisse a idade limite do edital, viabilizando, assim, a propositura da presente demanda.

Logo, inexistia qualquer interesse de agir do impetrante em discutir o critério relativo ao limite de idade para matrícula no curso de formação, uma vez que o candidato em destaque, na data da publicação do edital inicial contava com menos de 29 (vinte e nove) anos de idade, pois nasceu em 23.06.1979 (fl. 40).

Neste contexto, formo meu entendimento, com a devida vênia aos Eminentes pares, no sentido de que somente com a convocação do impetrante para participar do Curso de Formação, por meio do edital constante nos autos às fls. 79/81, este datado de 28.12.2009, é que se deu a ciência pelo interessado do ato que lhe feriu o direito líquido e certo, a ensejar o presente "writ".

Assim, não se deve falar em impugnação à cláusula do edital inicial, pois o ato impugnado é a desclassificação do concurso público, em razão da demora na convocação para o Curso de Formação, que ocorreu em 28.12.2009. Assim, afasta-se a decadência levantada pelo Estado do Ceará.

Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ:

"RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

> DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DEFICIENTE VISUAL. VISÃO MONOCULAR. EXCLUSÃO DO BENEFÍCIO DA RESERVA DE VAGA. ILEGALIDADE. I - O prazo para a impetração do '*mandamus'* começa a ser contado da ciência pelo interessado do ato que efetivamente lhe feriu o direito líquido e certo. II - […]. Agravo regimental desprovido". (AgRg no RMS 26105/PE, Rel. Ministro FÉLIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 30/05/2008, DJe 30/06/2008).

Também nessa linha de raciocínio: RMS 23.362/BA, do Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009.

MÉRITO.

Quanto à questão de fundo, é cediço que a limitação etária para ingresso na carreira de Policial Militar, prevista em lei e reproduzida em Edital de concurso público, é justificável em razão da natureza do cargo, tendo os Tribunais Superiores já declarado sua constitucionalidade e legalidade, encontrando-se, pois, em sintonia com os termos da Súmula 683 do STF. Apenas a título de ilustração, cito o seguinte precedente do Tribunal da Cidadania, "verbis":

> "RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CURSO DE FORMAÇÃO DE SARGENTOS. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO. EDITAL Nº 001/CESIEP/2003. IDADE. LIMITE MÁXIMO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL. NATUREZA DO CARGO. PRECEDENTES.
> 1. Este Superior Tribunal de Justiça tem concluído pela possibilidade de previsão em edital de limites de idade mínimo e máximo para o ingresso nas carreiras militares, em razão da atividade exercida, desde que haja lei específica determinando a incidência de tal limitação. 2. […]; 3. Recurso ordinário improvido". (RMS 18.759/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, 6ª TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 01/07/2009).

No caso, a restrição prevista no edital encontra guarida na Lei Estadual nº 13.729/06 (Estatuto dos Militares do Estado do Ceará), com redação dada pela Lei nº 14.113/2008, em seu art. 10, inciso II, alínea "a", que assim dispõe:

> "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, promovida 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:
> (...)
> II – ter, na data da matrícula no Curso de Formação Profissional:
> a) idade igual ou superior a 18 (dezoito) anos e inferior a 30 (trinta) anos,

> para as carreiras de praça e oficial do Quadro de Oficias Militares – QOPM, ou Quadro de Oficiais Bombeiros Militares – QOBM."

A referida norma tem por escopo a limitação de idade para ingresso no Curso de Formação dos Quadros de Policiais Militares e Corpo de Bombeiros do Estado do Ceará, tendo sido repetida, "ipsi litteris", no Edital em referência.

Todavia, apesar da clareza da regra em condicionar a matrícula no Curso de Formação Profissional ao candidato com idade inferior a 30 (trinta) anos, analisando com mais profundidade a situação dos autos, convenço-me que a aplicação literal da norma em discussão, não parece ser a medida mais justa nem adequada à situação concreta, pois, como visto, ao tempo da inscrição o impetrante possuía os requisitos exigidos pelo edital do certame.

Neste contexto, impera salientar que o edital não trouxe qualquer previsibilidade relativa ao tempo em que deveriam ser concluídas as etapas do concurso, fato que não pode ficar ao arbítrio exclusivo da Administração Pública, prejudicando o candidato em ter a certeza de que, sendo aprovado nas etapas iniciais do certame, confirmará o direito de se matricular no Curso de Formação para o cargo de Policial Militar.

Observa-se, assim, que o caso remete ao mais avançado estudo por suas peculiaridades, haja vista a pretensão do impetrante não se mostrar absurda ou destituída de bom fundamento. Com esse escopo, cabe invocar os princípios constitucionais da proporcionalidade e razoabilidade na solução do caso concreto, submetendo a situação aos crivos da adequação (conformidade), necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Sobre o convívio entre princípios e regras em nosso ordenamento, nos ensina o eminente professor Humberto Ávila (TEORIA DOS PRINCÍPIOS: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 10ª edição, 2009, p. 120/121):

> "Um sistema só de princípios seria demasiado flexível, pela ausência de guias claros de comportamento, ocasionando problemas de coordenação, conhecimento, custo e controle de poder. E um sistema só de regras, aplicadas de modo formalista, seria demasiado rígido, pela ausência de válvulas de abertura para o amoldamento das soluções às particularidades dos casos concretos. Com isso se quer apenas dizer que, a rigor, não se pode dizer nem que os princípios são mais importantes do que as regras, nem que as regras são mais necessárias que os princípios."

É com base nesse ensinamento que, ao analisar a regra insculpida no art. 10, inciso II, alínea "a" da Lei Estadual nº 13.729/06, reproduzida pelo Edital "sub judice", não se pode considerá-la de caráter absoluto, pois esta extrapolou, no presente caso, parâmetros de razoabilidade e proporcionalidade aplicáveis à espécie.

Como visto, tem-se que a limitação de idade para ingresso em carreiras

militares mostra-se adequada e necessária, uma vez que legítima e em conformidade com o fim almejado pela norma, qual seja selecionar os candidatos melhor preparados fisicamente para atuar na área de segurança pública e policiamento ostensivo.

Entretanto, sob a ótica da proporcionalidade em sentido estrito outro é o resultado. Como se sabe, o princípio mencionado reclama que o valor sacrificado pela norma a ser aplicada seja de menor ou igual dimensão que o valor da finalidade a ser alcançada pela Administração Pública com a aplicação da norma.

Neste caso, percebe-se que o prejuízo a ser suportado pelo impetrante seria expressivo, na medida em que, embora devidamente aprovado nas etapas já realizadas, restaria eliminado do certame no qual se inscreveu em período em que obedecia às exigências constantes do instrumento editalício, ultrapassando, quando do período de matrícula no Curso de Formação, em poucos meses, a idade limite.

Por outro lado, nenhum prejuízo expressivo sofrerá a Administração Pública com o ingresso do candidato no Curso de Formação, pelo fato de ter superado em apenas poucos meses aquele limite de idade exigido na norma legal e editalícia, de forma que resta evidente, pois, a desproporcionalidade entre tais valores, aqui sopesados, preferindo-se, por outra via, uma aplicação mais adequada das citadas normas.

Denota-se, assim, que, dentro das condições do caso concreto, a desconstituição da medida combatida importará em grave lesão para o recorrido, com prejuízo de proporções bem superiores a qualquer dano que se vislumbre para a Administração Pública, a qual, possivelmente, sequer será realmente prejudicada com a pretendida relativização da norma editalícia, na hipótese.

Diante de tais aspectos peculiares ao caso, percebo, neste momento, a ameaça de violação aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, merecendo, por esse aspecto, acolhida o pleito do impetrante.

Idêntico entendimento ficou consubstanciado pelo Pleno deste Sodalício nos julgamentos dos agravos regimentais em Mandado de Segurança de nºs 28-05.2010.8.06.0000/1 e 941-59.2010.8.06.0000/1, ambos da Relatoria do então Desembargador Raul Araújo Filho, cujas datas de julgamento são, respectivamente, 29.04.2010 e 15.04.2010, os quais restaram ementados da seguinte forma:

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO DO RELATOR QUE AUTORIZA A MATRÍCULA DO IMPETRANTE NA 3ª FASE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NO CARGO DE SOLDADO DA PMCE. RELATIVIZAÇÃO DA NORMA EDITALÍCIA QUE EXIGE DOS CANDIDATOS O LIMITE DE IDADE DE 30 ANOS NO ATO DA MATRÍCULA NO CURSO DE FORMAÇÃO. PREVISÃO TAMBÉM CONSTANTE DO ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ (LEI ESTADUAL Nº. 13.729/2006, ART. 10). EXIGÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE ADMITIDA (CF, ARTS. 7º, XXX, 37, I, II, IX, XIII, XIV, XV, 39, § 3º, 42, § 1º, E 142, § 3º, VIII E X). AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL

> DA ISONOMIA (CF, ART. 5º, 'CAPUT'). EXCEPCIONALIDADE DA HIPÓTESE DOS AUTOS. DECURSO DE TEMPO ALÉM DO PREVISÍVEL PARA A CONCLUSÃO DO CONCURSO PÚBLICO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA RAZOABILIDADE (CF, ART. 5º, LIV) E CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE (CF, ART. 5º, § 2º). ALEGAÇÃO DE QUE O IMPETRANTE TERIA SIDO REPROVADO NA PROVA OBJETIVA DA 1ª TURMA DO CURSO DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. PRESENÇA, NOS AUTOS, DE CÓPIA DE ATO ADMINISTRATIVO QUE CONVOCA O IMPETRANTE PARA MATRÍCULA NA 2ª TURMA DO CURSO DE FORMAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO CONFIRMADA".

Reforçando, ainda, este entendimento, colaciono os seguintes precedentes da Corte de Justiça Baiana, em casos análogos, "verbis":

> "Classe: MANDADO DE SEGURANÇA Número do Processo: 2348-4/2009 Órgão Julgador: SEÇÃO CÍVEL DE DIREITO PÚBLICO Relator: JOSEVANDO SOUSA ANDRADE Data do Julgamento: 03/07/2009. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NA CARREIRA MILITAR. LIMITE DE IDADE. REQUISITO A SER COMPROVADO NO ATO DE CONVOCAÇÃO PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO DO POLICIAL. INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO QUE NÃO PREVÊ DATA NEM TEMPO PARA EFETIVIDADE DESTE ATO. PREVISIBILIDADE EDITALÍCIA QUE NÃO TEM CARÁTER ABSOLUTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE VIOLADO. PRECEDENTES DA CORTE. FERE O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE QUE DEVE NORTEAR AOS ATOS ADMINISTRATIVOS. A DEMORA NA CONCLUSÃO DO CONCURSO CUJA ETAPA NÃO FOI PREVISTA NO EDITAL DO CERTAME, FAZENDO, COM ISSO, QUE O CANDIDATO INSCRITO DENTRO DO LIMITE DE IDADE PARA A SELEÇÃO, SUPERE O LIMITE MÁXIMO PREVISTO PARA ETAPA SEGUINTE. SEGURANÇA CONCEDIDA".

> "Classe: APELAÇÃO Número do Processo: 64566-8/2008 Órgão Julgador: QUINTA CÂMARA CÍVEL Relator: JOSÉ CÍCERO LANDIN NETO Data do Julgamento: 11/05/2010. APELAÇÃO VOLUNTÁRIA E REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA. APELADOS QUE TIVERAM SUAS MATRÍCULAS INDEFERIDAS NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADOS DA POLÍCIA MILITAR PORQUE POSSUÍAM MAIS DE 30 ANOS NO MOMENTO DA MATRÍCULA. SENTENÇA QUE CONCEDEU A SEGURANÇA DETERMINANDO QUE OS RECORRIDOS PROSSEGUISSEM NO CERTAME. A JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DESTA CORTE DE JUSTIÇA É NO SENTIDO DE QUE A IDADE DO CANDIDATO DEVE SER AFERIDA NO MOMENTO DA INSCRIÇÃO NO CONCURSO, E NÃO NO PERÍODO DE INSCRIÇÃO NO CURSO PREPARATÓRIO. APELADOS QUE CONTAVAM COM 30 ANOS NA ÉPOCA DA INSCRIÇÃO DO CERTAME, E QUE, POR ISSO, DETÊM O DIREITO LÍQUIDO E CERTO DE SEREM MATRICULADOS NO CURSO DE

FORMAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO".

Isto posto, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, hei por uma questão de inteira justiça confirmar a liminar concedida às fls. 139/141, concedendo-se a segurança requerida, por ser justo o direito do impetrante além de participar do Curso de Formação Profissional do concurso público para ingresso no cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará, em condição de igualdade com os demais participantes, ser convocado, nomeado e investido, imediatamente, no cargo em referência, sob pena das sanções administrativas, sem prejuízo das imputações penais, em desfavor da autoridade impetrada.

Sem custas e sem condenação em honorários advocatícios, nos termos do art. 25 da Lei 12.016/2009, súmulas 512 do STF e 105 do STJ.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 16 de Fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº 0003836-90.2010.8.06.0000/50001.
MANDADO DE SEGURANÇA.
IMPETRANTE: ÁTILA ALVES NEPOMUCENO.
IMPETRADO: SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ.
IMPETRADA: SECRETÁRIA DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA:
CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRETENSÃO DE MATRÍCULA DE CANDIDATO NA TERCEIRA FASE DO CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE SOLDADO DA PMCE. LIMINAR DEFERIDA E POSTERIORMENTE REVOGADA. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONVERTIDO EM AGRAVO REGIMENTAL. CONSTATAÇÃO DE QUE, À ÉPOCA DA INSCRIÇÃO NO CONCURSO, O AUTOR JÁ SE ENCONTRAVA MUITO PRÓXIMO DE COMPLETAR A IDADE MÁXIMA ESTABELECIDA PELO EDITAL DA SELEÇÃO PÚBLICA, BEM COMO QUE NÃO SE VISLUMBRA DEMORA NO TRÂMITE DO CERTAME. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO DO AUTOR E DE ATO ABUSIVO OU ILEGAL DA LAVRA DAS AUTORIDADES IMPETRADAS. SEGURANÇA DENEGADA. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL.
1. À época da inscrição no certame em tela, o impetrante contava com 29 (vinte e nove) anos e 2 (dois) meses de idade e esperava que o concurso tramitasse em, no máximo, dez meses, tempo em que completaria 30 (trinta) anos.
2. O certame consumiu tempo maior do que o esperado pelo impetrado, em face do grande número de candidatos (2.375 ao todo) a serem submetidos, em vários grupos, a minuciosa inspeção médica.
3. Não houve lapso temporal excessivo entre a inscrição e a última etapa, visto que o primeiro Curso de Formação teve início em dezembro de 2008, 6 (seis) meses após a abertura do certame, não se vislumbrando qualquer demora desarrazoada por parte do Estado do Ceará, ante as peculiaridades que envolvem a realização de um concurso público deste porte.
4. A divisão do Curso de Formação Profissional em duas turmas não malfere o princípio da isonomia, e parece ter ocorrido exatamente para conceder aos participantes que não obtiveram as primeiras colocações a oportunidade de prosseguirem na seleção pública, além de proporcionar maior organização à realização da terceira etapa.
5. A convocação do impetrante para compor a segunda turma se deu única e exclusivamente pelo fato de este não ter se classificado dentro no número de vagas destinadas à primeira turma, tendo em vista que, na primeira fase, o autor alcançou o 4.551º lugar.
6. No caso em tablado, não se observa direito líquido e certo a ser amparado por esta via mandamental, tampouco ato abusivo ou ilegal

perpetrado pelas autoridades coatoras.
7. Segurança denegada. Prejudicado o agravo regimental.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em denegar a segurança, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por Átila Alves Nepomuceno contra ato reputado ilegal praticado pelo Secretário de Segurança Pública e Defesa Social e pela Secretária de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

O processo em causa, por força do disposto na Portaria nº 767/2011, da Presidência deste egrégio Tribunal de Justiça, em razão da criação do Órgão Especial, foi a mim redistribuído, ingressando em meu Gabinete em 31 de agosto de 2011.

Alega o autor que se inscreveu no Concurso Público para ingresso no cargo de Soldado da carreira de Praças da Polícia Militar do Ceará, regulado pelo Edital nº 1, de 9 de junho de 2008, constituído de três etapas, quais sejam, exame intelectual, inspeção de saúde e Curso de Formação Profissional, sendo dirigido pela Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social e pela Secretaria de Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

Relata que, após se submeter à prova objetiva, obteve a 4.511ª colocação (73,5 pontos), o que, naquele momento o desclassificava totalmente, pois o Edital estabelecia que somente poderiam prosseguir na segunda fase os candidatos do sexo masculino classificados até o 2.850º lugar. Afirma que, com o advento do Edital nº 79/2009, foram chamados os que obtiveram até o 5.225º lugar.

Sustenta que foi convocado para a etapa correspondente aos exames médico-odontológico, biométrico e toxicológico, sendo considerado apto e, por conseguinte, autorizado a efetuar sua matrícula no Curso de Formação Profissional pelo Edital nº 6/2010.

Afirma que, no entanto, ao tentar se matricular na terceira fase do certame, em 11.02.2010, o autor, que nasceu em 09.04.1979, teve seu pedido indeferido, sob o argumento de que se encontrava com mais de trinta anos, idade máxima permitida pelo Edital para se inscrever naquela etapa.

Assevera, ainda, que não pretende questionar a fixação de limite etário para o exercício da função policial, mas o malferimento aos princípios da isonomia e da razoabilidade, visto que, à época da inscrição do promovente no certame, contava com 29 (vinte e nove) anos e 2 (dois) meses de idade, obedecendo, assim, às normas

editalícias; ademais, caso o impetrante houvesse sido convocado para a inspeção de saúde e para a matrícula no Curso de Formação, referentes à primeira turma e ocorridas em outubro e novembro de 2008, atenderia ao limite etário, pois nessas datas, possuía apenas 29 (vinte e nove) anos e 6 (seis) meses.

Pugna pelo deferimento de medida liminar para determinar sua matrícula no Curso de Formação Profissional e, ao final, pela concessão da segurança.

Juntou os documentos de fls. 27-80.

O pleito liminar foi deferido pela decisão de fls. 85-88.

Regularmente notificadas, as autoridades ditas coatoras prestaram informações (fls. 110-126), defendendo, em suma: *a)* a decadência do direito de impetrar mandado de segurança; *b)* a discricionariedade da Administração Pública em convocar candidatos em virtude do interesse público; *c)* a possibilidade de aferição da idade no momento da matrícula no Curso de Formação; *d)* a não violação aos princípios da isonomia e da impessoalidade; *e)* o respeito ao princípio da vinculação ao edital.

A Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela denegação da segurança (fls. 128-132).

Às fls. 161-164, foi revogada a medida liminar anteriormente concedida, haja vista a mudança de entendimento do Excelentíssimo Desembargador relator originário do feito.

Às fls. 173-176, o autor formulou pedido de reconsideração da decisão revogatória de liminar, ratificando os termos da petição inicial, sendo o referido pleito recebido como agravo regimental, conforme despacho de fl. 183.

O Estado do Ceará apresentou contrarrazões às fls. 198-201, alegando, em síntese, a necessária observância aos princípios da vinculação ao edital, da isonomia e da impessoalidade, pelo que requereu o desprovimento do recurso.

É o relatório.

Fortaleza, 12 de dezembro de 2011.

VOTO

O mandado de segurança foi inserido no ordenamento jurídico pátrio como meio hábil para fazer cessar os efeitos de atos administrativos, comissivos ou omissivos, que configurem abusos e/ou ilegalidades, constituindo-se, assim, um direito fundamental inserto no art. 5º, inc. LXIX, da Carta da República, com a seguinte dicção:

> Art. 5º. [*Omissis*]
>
> LXIX – Conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do poder público.

Consoante o dispositivo *supra*, a ação constitucional em comento tem por finalidade a proteção de direito líquido e certo contra ato ilegal ou abuso de poder da Administração Pública, por meio de seus agentes.

No caso em tablado, porém, não se observa direito líquido e certo a ser amparado por esta via mandamental, tampouco ato abusivo ou ilegal perpetrado pelas autoridades coatoras.

Analisando-se a documentação trazida aos autos, verifica-se que, à época da inscrição no concurso público em tela, o impetrante contava com 29 (vinte e nove) anos e 2 (dois) meses de idade. Assim, esperava o promovente que o certame tramitasse em, no máximo, dez meses, tempo em que completaria 30 (trinta) anos, a idade máxima permitida para a participação daquele na última fase, o Curso de Formação.

Cumpre ressaltar que diversos fatores foram de encontro às expectativas do autor. Primeiramente, deve-se observar a grande quantidade de vagas (duas mil) oferecidas pelo concurso, motivo pelo qual foram convocados, inicialmente, 2.850 (dois mil, oitocentos e cinquenta) candidatos do sexo masculino (item 8.3 do Edital nº 1, de 9 de junho de 2008) para a segunda fase, o que demonstra que este certame requer um maior lapso temporal para sua realização.

Importa mencionar, ainda, que o Edital nº 79, de 18 de junho de 2009, ampliou em 2.375 (dois mil, trezentos e setenta e cinco) o número de candidatos a serem convocados para a etapa de inspeção médica, considerando aprovados na primeira fase os classificados até o 5.225º lugar. Este fato contribuiu sobremaneira para a dilação no prosseguimento do concurso, haja vista a necessidade de realizar os exames médico-odontológico, biométrico e toxicológico em datas distintas para abranger todos os candidatos, sem contar o tempo para a realização destes procedimentos.

Dessa maneira, constata-se que não houve lapso temporal excessivo entre estas datas, visto que o primeiro Curso de Formação teve início em dezembro de 2008, 6 (seis) meses após a abertura do certame, não se vislumbrando qualquer demora desarrazoada por parte do Estado do Ceará, ante as peculiaridades que envolvem a realização de um concurso público desse porte.

Outrossim, impende destacar que o promovente já ultrapassara o limite de 30 (trinta) anos (previsto pelo item 3.2 do Edital nº 1/2008) quando da convocação para a inspeção de saúde, divulgada em 28 de dezembro de 2009 (Edital nº 140/2009), pois, nesta data, possuía exatamente 30 (trinta) anos e 8 (oito) meses de idade.

Destarte, ao se inscrever no concurso, o impetrante deveria ter em mente que o Curso de Formação se daria em data distante, já que o próprio edital previu a realização de várias fases, com considerável número de candidatos, pelo que não se pode imputar à Administração qualquer responsabilidade pelo tempo compreendido

entre a data de inscrição no certame e a realização de sua última etapa.

A decisão revogatória da liminar elucidou a questão, ao afirmar, às fls. 162-163, *in verbis*:

> [...] não se antevê mora da Administração em dar andamento a um concurso público se, no período de dois anos, já submeteu a primeira turma de convocados a todas as fases do certame, dando chances para outros candidatos, não classificados dentro do número de vagas previsto no edital, a comporem a segunda turma do Curso de Formação. Hipótese diversa se teria caso o ora Postulante houvesse realizado a sua inscrição no concurso com idade bem inferior a trinta anos e o certame demorasse tempo considerável para a sua conclusão. [...] o espaço de tempo de apenas dez meses, existente entre a idade do candidato, à época de inscrição do Concurso Público, e a data em que completaria mais de 30 (trinta) anos, não se mostrava suficiente para que o concurso atingisse a fase de matrícula no Curso de Formação o Impetrante pudesse obedecer às normas editalícias, inexistindo motivo que enseje o reconhecimento de violação ao alegado direito líquido e certo alegado na exordial.

Nesse sentido, os julgados a seguir:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DO ACRE. LIMITE MÁXIMO DE IDADE PARA INSCRIÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. CANDIDATO QUE NO DECORRER DO CONCURSO COMPLETOU IDADE SUPERIOR À EXIGIDA NO EDITAL PARA A INSCRIÇÃO. PREVISÃO LEGAL. REGRA PRESENTE NO EDITAL. MATRÍCULA NÃO HOMOLOGADA. LEGALIDADE. 1. A jurisprudência do STJ posiciona-se no sentido de que não fere direitos dos candidatos a disposição editalícia que prevê limites mínimo e máximo de idade para o ingresso na carreira militar, em razão da atividade peculiar nela exercida, desde que tal limitação esteja prevista em legislação específica. 2. Hipótese em que há previsão em lei complementar estadual - cuja constitucionalidade não foi posta em dúvida - e no edital de regência do concurso, de limite etário máximo para matrícula em estabelecimento de ensino militar estadual para participação em curso de formação. 3. Requisito de limite máximo de idade que deve ser atendido, não na data da inscrição no concurso, mas, como consta da lei, na data da matrícula no curso de formação. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (STJ. 1ª Turma. **RMS 31.923/AC**, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI. Julgado em 06/10/2011. DJe 13/10/2011)

> ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LIMITE DE IDADE. PREVISÃO EM LEI LOCAL. COMPATIBILIDADE DO *DISCRÍMEN* COM AS ATRIBUIÇÕES DO CARGO PLEITEADO. VALIDADE DA RESTRIÇÃO. 1. Pacífica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal pela validade de cláusula editalícia que impõe condições psicológicas, biológicas e físicas para o

acesso a determinado cargo público, desde que (i) tais restrições tenham previsão em lei e (ii) o *discrímen* legalmente escolhido seja compatível com as atribuições a serem desempenhadas. Precedentes. 2. Na espécie, a Lei Complementar estadual n. 164/06, que disciplina o Estatuto dos Militares (art. 11, inc. II), bem como o edital do concurso (item 3.3), possuem disposição no sentido de que a matrícula no estabelecimento militar é vedada a quem possuir mais de 30 anos. 3. Daí porque não é ilegal o ato apontado como coator que exclui candidato que estava acima do limite etário no momento da inscrição no curso de formação (embora estivesse dentro do referido limite quando da inscrição inicial no certame). 4. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ. 2ª Turma. **RMS 31.933/AC.** Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Julgado em 04/11/2010. DJe 12/11/2010)

DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL. FIXAÇÃO DE LIMITE DE IDADE PARA INSCRIÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO PROFISSIONAL. POSSIBILIDADE. PREVISÃO LEGAL E EDITALÍCIA. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É perfeitamente constitucional a imposição de certos requisitos para assunção de cargos na administração pública desde que respaldado tal comando em Lei. Precedentes. 2. No caso dos autos, o edital fazia expressa previsão de idade mínima para ingresso no Curso de Formação Profissional, com espeque na Lei Estadual 13.729/2006, portanto em conformidade com a orientação da Carta Magna. 3. Ademais, não há que se falar em mora excessiva da Administração na realização do certame que tornasse a eliminação do candidato injusta e ilegal. Isso porque, no ato de sua inscrição no concurso, o candidato tinha conhecimento de que extrapolaria a idade limite de 30 (trinta) anos em pouco mais de 06 (seis) meses, tempo perfeitamente razoável, levando-se em consideração todos os trâmites necessários para a realização de um Concurso Público. 4. Recurso conhecido e provido. (TJCE. 2ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº 6855-07.2010.8.06.0000/0**.** Desembargadora Relatora: MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA. Data de registro: 25/08/2011)

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. INDEFERIMENTO DA MATRÍCULA DO IMPETRANTE NA 3ª FASE DO CONCURSO PÚBLICO PARA O INGRESSO NO CARGO DE SOLDADO DA PMCE. DESOBEDIÊNCIA DA NORMA EDITALÍCIA QUE EXIGE DOS CANDIDATOS O LIMITE DE IDADE DE 30 ANOS NO ATO DA MATRÍCULA DO CURSO DE FORMAÇÃO. PREVISÃO TAMBÉM CONSTANTE DO ESTATUTO DOS MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ (LEI ESTADUAL Nº. 13.729/2006, ART. 10). EXIGÊNCIA CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA (CF, ARTS. 7º, XXX, 37, I, II, IX, XIII, XIV, XV, 39, § 3º, 42, § 1º, E 142, § 3º, VIII E X). DECADÊNCIA OPERADA TÃO-SOMENTE QUANTO À INSURGÊNCIA DA CONSTITUCIONALIDADE DAS NORMAS

EDITALÍCIAS, NÃO INCIDINDO, CONTUDO, QUANTO À SEGUNDA TESE AVENTADA PELO IMPETRANTE, RELACIONADA À MORA DA ADMINISTRAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE O IMPETRANTE ASSUMIU O RISCO AO SE INSCREVER NO CERTAME. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A SER RESGUARDADO. ORDEM DENEGADA. 1. Relativamente aos militares, face às peculiaridades de suas atividades, a Constituição Federal expressamente torna dispensáveis a observância de preceitos e garantias constitucionais relacionados com o princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*), os quais são de incidência obrigatória para outros destinatários, garantindo a possibilidade de limitação de idade para o ingresso na carreira militar, nos moldes do delimitado no art. 10 do Estatuto dos Militares do Ceará (Lei Estadual nº. 13.729/2006), bem como no edital do concurso para o qual concorre o Impetrante. Inteligência dos arts. 7º, XXX, 37, I, II, IX, XIII, XIV, XV, 39, § 3º, 42, § 1º, e 142, § 3º, VIII e X, da Carta da República. 2. Apesar de tal entendimento, deve-se reconhecer a decadência da impetração quanto a um dos fundamentos utilizados pelo Impetrante, relacionado à inconstitucionalidade de normas constantes do instrumento editalício, uma vez que decorrido mais de 120 dias entre a publicação do edital do certame e o manejo *mandamus* (art. 23 da Lei nº. 12.016/09). Precedentes do Eg. STJ. 3. Entendimento diverso deve ser adotado quanto ao outro argumento defendido pelo autor da ação, pois a insurgência se instaura justamente contra a suposta demora da Administração Pública em dar andamento ao certame, fato este que o Impetrante entende que não era previsível à época da publicação do edital, ensejando a utilização da via mandamental somente quando teve atingido, de maneira direta, o direito alegado. 4. Não se vislumbra mora da Administração em dar andamento em um concurso público, se, no período de um ano e meio, já submeteu a primeira turma de convocados a todas as fases do certame, dando chances para outros candidatos, não classificados dentro do número de vagas previsto no edital, a comporem a 2ª Turma do Curso de Formação. 5. Situação em que o Impetrante assumiu o risco de inscrever-se no certame, aguardando que a matrícula no Curso de Formação (terceira etapa) ocorresse dentro do período de apenas sete meses após a publicação do edital, expectativa esta que foi frustrada em razão também de o mesmo não haver se classificado dentro do número de vagas destinadas à primeira turma de convocados para participar do curso de formação. 6. Ordem denegada. (TJCE. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 6316-41.2010.8.06.0000/0. Relator: Desembargador FRANCISCO BARBOSA FILHO. Data de registro: 17/11/2010)

Assevere-se, ademais, que não prospera o argumento do impetrante de que a divisão do Curso de Formação Profissional em duas turmas malfere o princípio da isonomia. Ao contrário do que alega o autor, tal divisão parece ter ocorrido exatamente para conceder aos participantes que não obtiveram as primeiras colocações a oportunidade de prosseguirem na seleção pública, além de proporcionar maior organização na realização da terceira etapa, considerando-se a grande quantidade de alunos do Curso de Formação.

Assim, a convocação do impetrante para compor a segunda turma se

deu única e exclusivamente pelo fato de ele não ter se classificado dentro no número de vagas destinadas à primeira turma, visto que, na primeira fase, o autor alcançou o 4.551º lugar, "o que, naquele momento, o desclassificava totalmente", consoante a própria declaração do promovente à fl. 04.

Desse modo, diante do caso concreto, não há como se atender ao pleito do autor, porquanto ausentes tanto o direito líquido e certo a ser resguardado por este *writ*, quanto a conduta ilegal ou abusiva atribuída às autoridades impetradas.

Com efeito, tendo o promovente descumprido exigência editalícia, ultrapassando a idade máxima permitida para se matricular no Curso de Formação Profissional, o ato da Administração Pública de indeferir a inscrição do impetrante na referida etapa do certame encontra-se justificada, pautada dentro da legalidade e em plena observância ao princípio da isonomia entre os candidatos.

Do exposto, denego a segurança, restando prejudicado o agravo regimental.

Sem condenação em honorários advocatícios (Súmula nº 512 do STF).

É como voto.

Forteleza, 16 de janeiro 2012.

0004295-29.2009.8.06.0000
Mandado de Segurança
Impetrante: Maria Helena Rios Vasconcelos
Impetrado: Presidente do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Relator: Des. João Byron de Figueirêdo Frota

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE ANALISTA JUDICIÁRIO DO TJCE. CANDIDATA ALEGADAMENTE PORTADORA DE VISÃO MONOCULAR. DIREITO SUBJETIVO DE CONCORRER ÀS VAGAS RESERVADAS AOS PORTADORES DE NECESSIDADES ESPECIAIS. INVOCAÇÃO DA SÚMULA N° 377 DO STJ. TESE REFUTADA PELA ADMINISTRAÇÃO CONTRATANTE. CONTROVÉRSIA ACERCA DOS FATOS QUE INSTRUEM O PEDIDO DE ORIGEM. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. PRECEDENTES DESTA CORTE E DE OUTROS TRIBUNAIS. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

1 - Sob o prisma essencialmente processual, qualifica-se o mandado de segurança como ação cível e especial de conhecimento, destinada, em última análise, à tutela especifica, integral e *in natura* do chamado 'direito líquido e certo', o qual deve ser entendido como aquele, "cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental" (BUENO, Scarpinella Cássio. *In* Mandado de Segurança – *Comentários às leis n. 1551/51, 4348/64 e 5021/66*. São Paulo: Saraiva, 5ª Edição, 2009, p.15).

2 – Na hipótese, contudo, a autoridade supostamente coatora quando excluiu a impetrante do concurso público objeto do edital nº 01/2009/ TJCE, o fez exatamente por discordar do substrato constitutivo de seu pleito, discordando, para tanto, do argumento central consubstanciador da vertente causa de pedir remota. Noutras palavras, sem embargo de reconhecer a visão monocular como causa bastante à inclusão de candidato em concorrência por vagas reservadas, Sua Excelência, simplesmente recusou à autora a condição de portadora da citada deficiência, asseverando, em sua ótica, o descompasso entre a impetração original e as previsões genéricas do art. 4º, III, do decreto federal nº 3298/99. Ocorre que esse dissenso acerca dos elementos existenciais da demanda conduz à imperativa necessidade de dilação probatória, circunstância, cuja verificação, se contrapõe à liturgia tradicional do mandado de segurança e compromete sua admissibilidade na espécie, caracterizando a inadequação da via processual aqui opcionada.

3 - Por outro lado, a cogitar-se de que os atestados médicos adunados à inicial estariam aptos à neutralização e ao arrefecimento de tal discordância, é de ponderar que esses documentos desfrutam de presunção apenas relativa de veracidade, não se mostrando suficientes por si, nem para asseverar a liquidez peremptória dos fatos que

aludem, nem para subtrair, de quem razoavelmente se habilite, a possibilidade de afugentá-los, de contraditá-los, ou de desconstitui-los por meio de prova mais robusta. Em todo caso, esses mesmos pareceres oftalmológicos, porque obtidos de forma unilateral, e confeccionados à míngua de contraditório, traduzem mero juízo de verossimilhança ou de probabilidade, cuja visualização pragmática não configura e nem se confunde com o *status* de incontrovérsia que permeia a acepção jurídica de "direito líquido e certo" e que pressupõe a adequação normativa do expediente mandamental à espécie.
4 - Processo extinto sem resolução de mérito.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDA o Órgão Especial do TJCE, pela maioria de seus membros, pronunciar a extinção do processo sem resolução de mérito e tornar sem efeito a liminar anteriormente concedida, nos termos do voto do eminente relator.

Cuidam os autos de mandado de segurança impetrado por Maria Helena Rios Vasconcelos visando, em direta impugnação a ato do Exmo. Sr. Presidente deste Tribunal de Justiça, reinserir-se na disputa pelas vagas reservadas a deficientes físicos no concurso público objeto do edital nº 01/TJCE, de que foi alijada sob a fundamentação de não estar adstrita aos ditames do Decreto Federal nº 3298/99, cujo espectro temático estabelece normas específicas de concretização da política nacional de apoio aos portadores de necessidades especiais, a propósito de regulamentar preceitos da lei 7.853, de 24 de outubro de 1989.

No abono de sua postulação, socorreu-se de diversos precedentes jurisprudenciais, inclusive no conteúdo da súmula nº 377 do STJ, cujo verbete assegura aos portadores de visão monocular – supostamente esse o seu caso – o direito subjetivo "de concorrer, *em concurso público, às vagas reservadas aos deficientes"*.

Com base nessas razões, e anexando aos autos cópias de vários atestados médicos particulares pretensamente indicativos de sua debilidade, pugnou pela concessão da segurança, requerendo, de conseguinte, sua nomeação e posse no cargo público sobredito, observada, em todo caso, a respectiva ordem de classificação e acesso.

À inicial, subscrita por ela mesma em causa própria, juntou os documentos de fls. 329.

Às fls. 359/363, o primitivo relator, eminente Des. Celso de Albuquerque Macêdo deferiu a liminar requestada, assegurando a candidata impetrante sua classificação dentro das vagas destinadas à portadores de necessidades especiais.

Às fls. 367/368, prestou informações o eminente Des. Ernani Barreira Porto na qualidade de então Presidente deste egrégio Tribunal de Justiça.

Autos com vistas ao Ministério Público sobreveio o parecer de fls. 387/395 opinando pela concessão ordem.

Em seguida, às fls. 463/472, o Estado do Ceará apresentou contestação, azo em que requereu a concessão da ordem.

Redistribuídos os fólios em virtude da criação do órgão Especial no âmbito desta Corte, vieram-me conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO.

A título de necessária digressão preliminar, ponho-me ao exame dos presentes autos sob o prisma de sua pertinência formal, servindo-me, para tanto dos postulados que disciplinam o *writ of mandamus* e corroboram sua eficácia potenciada, evidenciando-o como mecanismo sumário de restauração da ordem jurídica e de repressão ao mau exercício do poder público por autoridades do Estado no desempenho de suas lídimas funções.

Sob o prisma essencialmente processual, qualifica-se o mandado de segurança como ação cível e especial de conhecimento, destinada, em última análise, à tutela especifica, integral e *in natura* do chamado 'direito líquido e certo', expressão, por sua vez, não só moldada no próprio art. '5°, LXIX da CF/88, como reproduzida e ratificada na dicção do art. 1° da lei 12.016/2009.

Por direito líquido e certo, a propósito, entende-se aquele, "cuja existência e delimitação são claras e passíveis de demonstração documental" (BUENO, Scarpinella Cássio. *In* Mandado de Segurança – *Comentários às leis n. 1551/51, 4348/64 e 5021/66*. São Paulo: Saraiva, 5ª Edição, 2009, p.15), resultando disso, que, no procedimento mandamental, os pressupostos fáticos da demanda devem se mostrar induvidosos e incontrovertidos.

Nessa medida, o assentimento acerca dos fatos que norteiam a impetração assume-se como inexorável requisito de admissibilidade da ação constitucional sob exame, cuja falta evidencia inépcia da respectiva petição, conduzindo ao indeferimento desta, sob os consectários e efeitos jurídicos daí advindos.

Presente esse contexto e voltando-me ao deslinde do caso concreto, tem-se, no alvitre, situação cujo perfil, no entanto, não se ajusta, decerto, aos lindes do modelo postulatório acima mencionado.

No ensejo, a autoridade supostamente coatora quando excluiu a autora do concurso público objeto do edital nº 01/2009/TJCE, o fez exatamente por discordar do substrato constitutivo desta súplica, discordando, para tanto, do argumento central consubstanciador da vertente causa de pedir remota.

Noutras palavras, sem embargo de reconhecer a visão monocular como motivação bastante à inclusão de candidato em concorrência por vagas reservadas, Sua Excelência, apoiado no parecer de uma junta médica oficialmente designada, simplesmente recusou à impetrante a condição de portadora da citada deficiência, asseverando, em sua ótica, o descompasso do pleito original com as previsões genéricas

do art. 4º, III, do decreto federal nº 3298/99.

Ocorre que esse dissenso acerca dos elementos existenciais da demanda conduz à imperativa necessidade de dilação probatória, circunstância, cuja verificação, se contrapõe à liturgia tradicional do mandado de segurança e compromete sua admissibilidade na espécie, caracterizando a manifesta inadequação da via processual aqui opcionada.

Por outro lado, a cogitar-se de que os atestados médicos adunados à inicial estariam aptos à neutralização e ao arrefecimento de tal discordância, é de ponderar que esses documentos desfrutam de presunção apenas relativa de veracidade, não se mostrando suficientes por si, nem para asseverar a liquidez peremptória dos fatos que aludem, nem para subtrair, de quem razoavelmente se habilite, a possibilidade de afugentá-los, de contraditá-los, ou de desconstitui-los por meio de prova mais robusta.

Em todo caso, esses mesmos pareceres oftalmológicos, porque obtidos de forma unilateral, e confeccionados à míngua de contraditório, traduzem mero juízo de verossimilhança ou de probabilidade, cuja visualização pragmática não configura e nem se confunde com o *status* de incontrovérsia que permeia a acepção jurídica de "direito líquido e certo" e que pressupõe a adequação normativa do expediente mandamental à espécie.

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. EXAME MÉDICO. BAIXA ACUIDADE VISUAL E DISCROMATOPSIA. INAPTIDÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INCOMPATIBILIDADE DA VIA ELEITA. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.
> 1. O apelante foi declarado inapto ao cargo de policial rodoviário federal, por junta médica do concurso público, em razão da baixa acuidade visual e a existência de discromatopsia, nos termos da Instrução Normativa nº 3 - DG/PRF, de 25/1/2002.
> **2. A documentação trazida aos autos constitui-se de atestados e exames médicos que, além de confirmar a presença de discromatopsia, foram produzidos unilateralmente, não possuindo a força necessária para afastar, de plano, o laudo da junta médica do concurso. A questão posta em juízo efetivamente carece de dilação probatória para demonstração do pretenso direito do apelante, o que é inviável, por meio de mandado de segurança, ante a exigência de prova pré-constituída.** (grifo nosso).
> 3. Apelação do impetrante improvida. (TRF1ª Região –: AMS 30195 DF 2002.34.00.030195-7. Rela. Desa. Selene Maria de Almeida. DJ: 05/02/2007).
>
> Ementa: **Mandado de segurança. Sistema Único de Saúde. Portadora de artrite reumatóide. Atestado Médico Particular. Prova insuficiente em sede mandamental**. (grifo nosso) Duvida quanto à ineficiência de similares eventualmente oferecidos pelo SUS. Ausência de prova de direito líquido e certo oponível contra o Estado. Denegar a Ordem (TJMG - MS

> 1.0000.06.446699-8/000(1). Rel. Des. Armando Freire. DJ: 20/07/2007)**.**
>
> PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO PORTADOR DE DEFICIÊNCIA. ORDEM DENEGADA. A jurisprudência colacionada nos autos, mesmo em sede mandamental, leva em consideração a querela da "visão monocular", mas – e isto é fundamental para o caso destes autos – a prova existente. É imprescindível verificar a situação do presente caso antes de qualquer outra consideração sobre a jurisprudência ou doutrina (ambas por natureza questionáveis), ainda que diante de robusta e suficiente prova da alegada "deficiência física", decorrente de visão monocular, no sentido "puro" ou "por extensão"(art. 4º do Decreto nº 3.298/1999), sob os aspectos de seus incisos I e III). A mera inscrição do impetrante como "portador de deficiência-visual" (fl. 45) nada configura em prol de seu alegado direito, seja no plano fático, ou no jurídico, posto que tal condição teria – como foi – de ser aferida (e não constatada) em fase posterior. O único documento apresentado a título de prova é o de fls. 47/48, subscrito não por uma Junta Médica mas por apenas um Oftalmologista particular, e por assim ser, de caráter não oficial (não se põe em dúvida a qualidade e autenticidade do signatário, integrante de prestigiosa clínica particular) e, em contrário a esse "laudo médico" há o da Junta Médica Oficial composta de três médicos (fl. 184), atestando o não enquadramento do impetrante como deficiente, ratificado pelo Diretor do Núcleo de Recursos Humanos em Vitória Há, também, o laudo médico da Junta Médica Oficial composta de três médicos (fl. 184), atestando o não enquadramento do impetrante como deficiente, ratificado pelo Diretor do Núcleo de Recursos Humanos em Vitória, datado de 1º de agosto de 2008, ou seja, após a ciência da impetração, que foi ajuizada em 25/07/2008. A situação fática exposta nos autos é induvidosamente controvertida, a exigir dilação probatória técnica de conteúdo complexo, e não simples interpretação do contexto jurídico no qual se assenta. Segurança denegada. (TRF 2ª Região – MS 2008.02.01.012020-3. Rel. Dês. Alberto Nogueira. DJ: 04/12/2008)**.**

Em caso análogo, este sodalício se pronunciou nos autos do mandado de segurança nº 3844-04.2009.8.06.0000/0, cujo impetrante pretendia concorrer às vagas reservadas para o cargo de analista dizendo-se portador de visão monocular.

Na oportunidade, acolheu-se o voto divergente da lavra do Eminente Des. Rômulo Moreira de Deus, cujo acórdão restou resumido no seguinte verbete de ementa:

> EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. RESERVA DE VAGAS DESTINADAS A PORTADORES DE DEFICIÊNCIA FÍSICA. VISÃO MONOCULAR. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO FIRME E IRREFUTÁVEL. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO *MANDAMUS*. CARÊNCIA DE AÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (MS – 3844-04.2009.8.06.0000. Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra. Designado p/ acórdão: Des. Rômulo Moreira de Deus. DJ: 20/12/2010)

No horizonte dessas premissas, e sem prejuízo da súmula 377 do STJ, e do inciso VII, do art. 37, da Carta Republicana de 1988, incabível o mandado de segurança no ensejo, sobretudo por força da divergência fática que sobrevoa a órbita destes autos, em cujo foro não há elementos que permitam identificar, de maneira *prévia, induvidosa*, *sumária e incontestável*, se o impetrante realmente padece da debilidade visual de que se diz portador e, em assim sendo, se faz jus ao direito subjetivo de concorrer às vagas reservadas a deficientes físicos, previstas no instrumento público convocatório de fls. 49/75.

Nesses termos, decreto a extinção do processo sem resolução de mérito nos ditames dos arts. 6º, § 5º, da lei 12.016/2009, e 267, VI, do Código de Processo Civil em vigor, azo em que torno sem efeito a medida liminar anteriormente concedida.

Fortaleza, 22 de maio de 2012.

Ação Rescisória

Ação Rescisória nº 21817-06.2008.8.06.0000/0
Autor: Sebastião Viegas de Oliveira
Réus: Fernando Antônio Vidal Marques
Antoniel Bernardo da Silva
Município de Fortaleza
Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A – ETTUSA
Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza S/A – ETTUFOR
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE RESCINDIR ACÓRDÃO SUBSTITUTIVO DE SENTENÇA. DISPUTA JUDICIAL QUE TEM COMO OBJETO O CONTRATO DE PERMISSÃO PARA A EXPLORAÇÃO DE UMA LINHA DE TRANSPORTE ALTERNATIVO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. PEDIDO DE DECLARAÇÃO E CONSTITUIÇÃO DO AUTOR COMO LEGÍTIMO PERMISSIONÁRIO. ALEGAÇÃO DE QUE A PERMISSÃO EM LITÍGIO FOI ALIENADA AO PROMOVENTE POR ATO NEGOCIAL DE DISPOSIÇÃO DO PERMISSIONÁRIO. ONEROSIDADE. CONTRATO ADMINISTRATIVO QUE SE REVELA PRECÁRIO E *INTUITU PERSONAE*. POSSÍVEL A SUBCONTRATAÇÃO, NA FORMA DA LEI Nº 8.987/1995 DESDE QUE PRECEDIDO DE NOVA LICITAÇÃO E COM O EXPRESSO CONSENTIMENTO DO PODER CONCEDENTE. CARÊNCIA DE AÇÃO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

I – No caso em análise o autor da rescisória argui que o réu Antoniel Bernardo da Silva lhe vendeu o direito de permissão para a exploração da linha nº 57 do transporte alternativo do Município de Fortaleza, objeto da permissão nº 105 outorgada em favor deste último, o que restou concretizada por força de procuração pública que perfectibiliza um contrato de mandato em causa própria, atraindo as disposições dos arts. 1288 e 1317, I, do Código Civil de 1916, revelando, ainda, identidade com o art. 685 do novo Código Civil, caracterizando-se a irrevogabilidade do mandato. Pede, por conseguinte, que seja declarado e constituído como legítimo permissionário em face dos réus e também do poder concedente.

II – Segundo ensinamento doutrinário de Maria Sylvia Zanella di Pietro a "permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário" (*Direito Administrativo* – 20ª adição – São Paulo: Atlas, 2007, págs. 280/281).

III – São características do contrato de permissão a precariedade e a natureza *intuitu personae*, devendo, sempre, ser precedido de licitação, requisito constitucionalmente erigido pelo art. 175 da CF/1988 de forma a efetivar os princípios norteadores da Administração Pública:

legalidade, moralidade, publicidade, impessoalidade, eficiência e da licitação previstos no art. 37, *caput,* e inc. XXI, da Norma Fundante.
IV – *In casu*, houve a transferência onerosa da permissão da linha nº 57 do transporte alternativo de Fortaleza, objeto da Permissão nº 105, na qual o permissionário de direito e promovido Antoniel Bernardo da Silva transacionou o objeto em favor, primeiramente, do autor da lide rescisória e, em um segundo momento, em benefício de Fernando Antônio Vidal Marques, outorgando-lhes procurações públicas.
V - Tais instrumentos não são hábeis para o fim colimado porque o autor deveria, para pretender o reconhecimento de validade da subpermissão, sujeitar-se previamente a licitação pública, além de obter a prévia e expressa autorização do poder concedente, como exigem os arts. 26, §§ 1º e 2º, e 27, *caput,* da Lei nº 8.987/1995.
VI – A falta de obediência aos requisitos erigidos pela legislação de regência e pela Carta Magna acarreta a conclusão de que a pretensão do autor sucumbe por falta de objeto lícito (art. 104, II, do novo Código Civil) porquanto o contrato de permissão não é transmissível por ato civil de disposição de direitos; e também porque não obedeceu a forma prescrita em lei (art. 104, III, do Código Civil de 2002), eis que não ocorreu prévia licitação pública e nem autorização expressa do poder concedente.
VII – O detentor da permissão é aquele no nome de quem constar o contrato firmado com o poder concedente, não sendo a via rescisória o meio processual hábil para substituí-lo na escolha dos permissionários de serviços públicos, mormente quando não precedidos da necessária licitação, requisito que efetiva os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e licitação contidos nos arts. 37, *caput,* e inc. XXI, e 175, da CF/1988.
VIII – Nula e de nenhum efeito jurídico se mostra a alienação do direito de permissão da linha nº 57 do transporte alternativo de passageiros de Município de Fortaleza, objeto da permissão nº 105, não podendo o negócio jurídico firmado pelo réu Antoniel Bernardo da Silva prevalecer em favor do autor ou do promovido Fernando Antônio Vidal Marques e muito menos quanto ao Município de Fortaleza, à Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A (ETTUSA) ou à Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza S/A (ETUFOR).
IX – Configuração da carência de ação por ausência de interesse processual em face do binômio necessidade *versus* adequação da via processual eleita para a obtenção do resultado desejado.
X - O autor da rescisória deve suportar em favor dos patronos dos réus os ônus da sucumbência: pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa constantes na petição de emenda à inicial.
Ação rescisória extinta sem análise do mérito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação rescisória nº 21817-06.2008.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas

do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em extinguir a lide sem análise do mérito, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Sebastião Viegas de Oliveira aforou ação rescisória contra Fernando Antônio Vidal Marques, Antoniel Bernardo da Silva, Município de Fortaleza, Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A – ETTUSA e Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza S/A – ETTUFOR objetivando a rescisão dos acórdãos proferidos nos julgamentos da apelação cível nº 2000.0132.5824-0/2 e nos embargos declaratórios que a sucederam.

Afirma que a contagem do prazo decadencial se dá a partir do trânsito em julgado da última decisão, ocorrido em 08/10/2007, o que é forçoso concluir pela tempestividade da rescisória.

Diz que o móvel da quizila é a permissão de uso da linha de transporte público nº 105, relacionada à linha nº 57, desta Urbe.

Narra que o réu Antoniel Bernardo da Silva transferiu o direito de uso na mencionada permissão em favor de José Edson Pereira Fraga, que, por sua vez a negociou com Maria de Fátima Carvalho Tavares e esta, por último, transacionou em benefício do autor pelo valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais). Durante esta última negociação, o adquirente (Sebastião Viegas de Oliveira) exigiu que fosse encerrada uma procuração entre ele e o primeiro permissionário (Antoniel Bernardo da Silva), assim como revogadas as procurações outrora conferidas aos anteriores "compradores" da permissão, o que foi efetivamente realizado em atos que contaram com a anuência dos outorgantes e outorgados.

Neste ínterim, o ora promovido Fernando Antônio Vidal Marques ajuizou uma ação ordinária tencionando declarar a validade de um negócio jurídico em desfavor do também demandado Antoniel Bernardo da Silva, pretendendo obter o reconhecimento judicial da manutenção do instrumento procuratório aforado por este último para que lhe transferisse o direito de uso da permissão em litígio, negociada ante o pagamento de R$ 30.000,00.

O autor sustenta que ingressou na mencionada lide ordinária como assistente, mas quando percebeu que o direito em litígio lhe era próprio, interveio oferecendo oposição contra as partes da ação principal, que foi julgada procedente, resguardando-lhe a condição de legítimo detentor da permissão.

A sentença ocasionou uma apelação lançada apenas pelo autor da ação ordinária (Fernando Antônio Vidal Marques), que foi julgada improcedente e mantida a decisão proferida no âmbito da oposição.

O apelante, inconformado, opôs embargos de declaração, obtendo a

procedência do seu recurso, que modificou o acórdão lançado na apelação. Este último *decisum* originou novos embargos declaratórios, desta vez do ora promovente, mas que não foram providos.

A peça inicial declara que a decisão rescindenda importou em violação a literal dispositivo de lei e em erro de fato, autorizando o manejo da ação rescisória com fundamento nos incs. V e IX do art. 485 do CPC.

Quanto ao erro de fato, ventila que sua ocorrência é verificada quando se considera como existente um fato que não ocorreu, ou, ao contrário, trata como inexistente um fato efetivamente ocorrido. O erro de fato tratado na vestibular, decorre das procurações outorgadas pelo réu Antoniel Bernardo da Silva ao autor e, posteriormente, ao promovido Fernando Antônio Vidal Marques, parte autora da ação ordinária.

Indica que o instrumento procuratório firmado em favor do autor confere poderes de transferir a concessão do uso da vaga de transporte alternativo de número 105, relativo à linha 57 (Vila Velha – Centro); enquanto a procuração outorgada ao réu Fernando Antônio Vidal Marques dá o direito de representar o outorgante (Antoniel Bernardo da Silva) da concessão de uso da mesma vaga de transporte, autorizando, dentre outros, transferir para si ou para terceiros o veículo em que estiver lotado. Defende que a primeira procuração trata do direito de transferência da permissão e da linha de transporte alternativo e o seu detentor é considerado legítimo permissionário, não havendo que se falar em revogabilidade do instrumento e do negócio jurídico; enquanto a segunda diz respeito ao direito de representação do outorgante quanto ao veículo, inexistindo translação do direito.

Ademais, afirma que a procuração firmada em favor do réu Fernando Antônio Vidal Marques foi revogada pelo outorgante (Antoniel Bernardo da Silva), tanto que a ação proposta por este tinha como objetivo o restabelecimento dos poderes que lhe foram outorgados, evidenciando-se o erro quanto à matéria de fato, não debatido nos autos.

Entende o promovente que o réu Fernando Antônio Vidal Marques não pode ser considerado legítimo permissionário porque não lhe foram concedidos poderes para tanto e o erro de fato persiste porque o acórdão proferido no âmbito dos embargos declaratórios considerou que ambas as procurações outorgavam poderes idênticos, o que não é verdade.

Argui que o caso trazido à apreciação judicial também revela violação literal a dispositivo de lei, na medida em que o autor firmou um negócio jurídico com o promovido Antoniel Bernardo da Silva mediante instrumento procuratório que perfectibiliza um contrato de mandato em causa própria no dia 09 de fevereiro de 2000, atraindo as disposições dos arts. 1288 e 1317, I, do Código Civil de 1916, revelando, ainda, identidade com o art. 685 do novo Código Civil. E, como tal, o mandato outorgado em causa própria é dotado de irrevogabilidade, não sendo possível ao outorgante/réu Antoniel Bernardo da Silva negociar com terceiros o objeto da permissão de nº 105 da

linha 57 sem o assentimento do autor, sendo anulável o contrato/procuração celebrado com o promovido Fernando Antônio Vidal Marques nos termos do art. 117 do Cód. Civil de 2002, norma vigente na data da outorga de poderes em favor deste último.

Requesta a procedência da ação rescisória, com a desconstituição do acórdão proferido no julgamento dos segundos embargos declaratórios, estes opostos pelo ora promovido Fernando Antônio Vidal Marques, e também nos recursos aclaratórios que sucederam àqueles, proferidos pela 1ª Câmara Cível deste sodalício, procedendo-se ao novo julgamento da causa para reconhecer o autor como legítimo titular da permissão nº 105 da linha 57 do transporte alternativo de passageiros do Município de Fortaleza.

Juntou os documentos de fls. 23 a 221, assim como a guia de pagamento de custas processuais e do depósito para fins de rescisória (fls. 222/224).

Decisão às fls. 229/239 indeferindo o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

Contestação da ETUFOR às fls. 242/246. Alega que não possui interesse na demanda, mormente funcionar como órgão responsável pelo gerenciamento do transporte público alternativo. Diz que a sua atribuição legal é a de cadastrar os permissionários participantes dos processos licitatórios que envolvem esta modalidade de atividade pública. Afirma que as concessões e permissões de serviços públicos são procedidas na forma da lei e sempre através de licitação conforme dispõem o art. 175 da CF/1988 e o art. 8º, I e V, da Lei Orgânica do Município de Fortaleza.

O promovido Antoniel Bernardo da Silva aforou sua contestação (fls. 279/285). Alega que nunca efetuou a venda da concessão nº 105, relacionada à linha 57, mas apenas cedeu temporariamente o direito de uso ante o roubo do seu carro Mitsubshi L-300, ano 2006, e por se encontrar temporariamente sem condições financeiras de adquirir outro veículo. Sustenta a existência de um laudo pericial atestando que a procuração outorgada ao autor da lide rescisória é fraudulenta, havendo divergência com a assinatura deste contestante, assim como o recibo de pagamento também foi falsificado. Levanta a tese de que os negócios jurídicos entabulados com o promovente e com o réu Fernando Antônio Vidal Marques são vedados expressamente pela Lei nº 8.060/1997, julgando-se vítima destas partes. Pugna pela improcedência do pedido do autor e, ainda, que a permissão em litígio retorne para o seu legítimo permissionário e a condenação em perdas e danos durante o tempo que ficou sem utilizar a linha de transporte alternativo. Anexou os documentos de fls. 286/310.

Fernando Antônio Vidal Marques apresentou contestação às fls. 313/320. Alega: que a inicial deve ser indeferida com fundamento no art. 490 do CPC porque o depósito exigido no art. 488, II, do mencionado dispositivo legal foi realizado a menor; que o autor da rescisória não possui qualquer documento apto à comprovação da compra da permissão junto ao antigo permissionário a não ser um documento falsificado, cujo fato é objeto de uma ação penal em curso perante a 15ª Vara Criminal de Fortaleza; que o então permissionário Antoniel Bernardo da Silva lhe vendeu a permissão objeto desta lide no dia 15/05/2002, alienação que somente foi concretizada após a revogação da

procuração firmada por Antoniel Bernardo da Silva em favor de Sebastião Viegas de Oliveira; que em seguida o réu Antoniel Bernardo da Silva revogou o instrumento de mandato outorgado em favor do ora contestante, mesmo constando no recibo de compra e venda uma cláusula de irrevogabilidade; que o voto condutor do acórdão proferido em sede de embargos declaratórios reconheceu o direito do contestante em ser o legítimo possuidor da permissão n 105 da linha 57. Acostou documentos (fls. 321/434).

Réplica às fls. 452/474, acompanhada de documentos (fls. 475/476).

Parecer da d. PGJ às fls. 478/183 opinando pela intimação do autor para complementar o depósito judicial e, no mérito, pela improcedência dos pedidos formulados no âmbito rescisório.

Petição do réu Antoniel Bernardo da Silva às fls. 492/493.

Decisão determinando a complementação do depósito previsto no art. 488, II, do CPC e a emenda da inicial (fl. 502).

Petição do autor emendando a peça vestibular, juntando, ademais, o complemento do depósito judicial (fls. 506/513).

Despacho oferecendo a oportunidade para razões finais (fl. 515).

Alegações últimas do réu Fernando Antônio Vidal Marques às fls. 520/526.

O autor apresentou memoriais às fls. 528/546.

Em novo pronunciamento (fls. 550/551), o Ministério Público de segundo grau ratificou o parecer anterior.

É o relatório.

VOTO

Ação proposta dentro do prazo bienal previsto na legislação processual.

O pedido de novo julgamento formulado pelo autor Sebastião Viegas de Oliveira tem o seguinte teor:

> c) proferir novo julgamento na aludida ação e ressalvar, expressamente, no acórdão que vier a julgar a presente, estar demonstrado como legítimo permissionário da permissão nº 105, linha 57 do transporte alternativo de passageiros do Município de Fortaleza, o Sr. Sebastião Viegas de Oliveira;

A argumentação do autor é a de que a procuração que foi outorgada em seu favor por Antoniel Bernardo da Silva, permissionário junto à ETTUSA, conferiu àquele poderes para transferir a concessão do uso da vaga de transporte alternativo de número 105, relativo à linha 57 (Vila Velha – Centro) e, como o instrumento procuratório firmado em favor do réu Fernando Antônio Vidal Marques foi revogado pelo titular da permissão (Antoniel Bernardo da Silva) evidencia-se o erro quanto à matéria de fato, não debatido nos autos.

A disputa judicial em torno da linha nº 57 do transporte alternativo do Município de Fortaleza gira em torno das transferências de titularidade feita por

intermédio do permissionário de direito – Antoniel Bernardo da Silva – em favor de Sebastião Viegas de Oliveira e Fernando Antônio Vidal Marques, efetuadas por meio de procurações públicas.

A Constituição Federal de 1988 assim dispõe no art. 175 e seu § único:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
>
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
>
> I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

A lei a que alude o dispositivo constitucional é a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cujo art. 2º, IV:

> Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
>
> IV – permissão de serviço públicos: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

As características da permissão são a precariedade e a licitação, cabendo à pessoa física permissionária além de demonstrar capacidade para o desempenho do serviço público, realizá-lo por sua conta e risco.

A permissão de serviço público constitui delegação *intuitu personae* não podendo ser transferida ou alienada em favor de terceiros, quer por ato oneroso, quer gratuitamente, haja vista que a relação de direito público se dá diretamente entre a Administração Pública e o permissionário e não entre aquela e terceiros.

Maria Sylvia Zanella di Pietro assim define o contrato de permissão:

> A permissão de serviço público é, tradicionalmente, considerada ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário.
> (…)
> Relativamente à permissão de serviço público, as suas características assim se resumem:
> 1. é contrato de adesão, precário e revogável unilateralmente pelo poder concedente (em conformidade com o art. 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição, e do art. 40 da Lei nº 8.987/95), embora tradicionalmente seja tratada pela doutrina como ato unilateral, discricionário e precário, gratuito

> ou oneroso, *intuitu personae;*
> 2. depende sempre de licitação, conforme artigo 175 da Constituição (ver item 15.6.3.);
> 3. seu objeto é a execução de serviço público, continuando a titularidade do serviço com o Poder Público;
> 4. o serviço é executado em nome do permissionário, por sua conta e risco;
> 5. o permissionário sujeita-se às condições estabelecidas pela Administração e a sua fiscalização;
> 6. como ato precário, pode ser alterado ou revogado a qualquer momento pela Administração, por motivo de interesse público;
> 7. não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (2003:382) denomina de permissão condicionada e Cretella Júnior (1972:113) de permissão qualificada. (*Direito Administrativo* – 20ª adição – São Paulo: Atlas, 2007, págs. 280/281)

A Lei nº 8.987/1995 possibilita que o concessionário de serviço público efetue a subconcessão, que, na realidade, é a delegação de uma parte do próprio objeto da concessão para outra empresa, todavia exige que seja precedida de autorização expressa do poder concedente sob pena de caducidade, devendo ocorrer por meio de concorrência.

Esta é a previsão dos seus arts. 26, §§ 1º e 2º, e 27, *caput,* da Lei nº 8.987/1995, adiante transcritos:

> Art. 26. É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente.
>
> § 1º A outorga de subconcessão será sempre precedida de concorrência.
> § 2º O subconcessionário se sub-rogará todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.
>
> Art. 27. A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do poder concedente implicará a caducidade da concessão.
>
> §1º Para fins de obtenção da anuência de que trata o *caput* deste artigo, o pretendente deverá: (Renumerado do Parágrafo Único pela Lei nº 11.196, de 2005)
>
> I - atender às exigências de capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal necessárias à assunção do serviço; e
> II - comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor.

E, como por força do § único do art. 40 da Lei nº 8.987/1995 aplicam-se à permissão normas atinentes à concessão, tem-se que é possível a subpermissão, mas condicionando-se às hipóteses da arts. arts. 26, §§ 1º e 2º, e 27, *caput*, da citada lei.

No caso em análise, houve a transferência onerosa da permissão da linha nº 57 do transporte alternativo de Fortaleza, objeto da Permissão nº 105, na qual o permissionário de direito – Antoniel Bernardo da Silva – transacionou o objeto em favor, em primeiro lugar, do autor da lide rescisória e, em um segundo momento, em benefício de Fernando Antônio Vidal Marques, outorgando-lhes procurações públicas.

Todavia, tais instrumentos não são hábeis para o fim colimado porque o autor deveria, para pretender o reconhecimento de validade da subpermissão, submeter-se previamente a concorrência pública, além de obter a prévia e expressa autorização do poder concedente.

Como tal não ocorreu, conclui-se que a pretensão do autor sucumbe por falta de objeto lícito (art. 104, II, do novo Código Civil) porquanto o contrato de permissão não é transmissível por ato civil de disposição de direitos; e também porque não obedeceu a forma prescrita em lei (art. 104, III, do Código Civil de 2002), eis que não ocorreu prévia licitação pública e nem autorização expressa do poder concedente.

Conforme o arrazoado antes expendido, o detentor da permissão é aquele no nome de quem constar o contrato firmado com o poder concedente, não sendo a presente rescisória o meio processual hábil para substituí-lo na escolha dos permissionários de serviços públicos, mormente quando não precedidos da necessária licitação, requisito legal e constitucional que efetiva os princípios constitucionais norteadores da Administração Pública: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e licitação contidos nos arts. 37, *caput,* e inc. XXI, e 175, da Constituição da República.

Transcrevo precedente jurisprudencial desta Corte de Justiça:

> **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE ALTERNATIVO. CONTRATO DE PERMISSÃO. LEI FEDERAL N. 8.987/95. TRANSFERÊNCIA ENTRE PARTICULARES. VEDAÇÃO NA LEI MUNICIPAL 8.060/97. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 175, menciona os institutos da concessão e da permissão sem apresentar qualquer distinção entre um e outro, senão vejamos: Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> 2. Entendo que, nos termos do dispositivo constitucional, "para as hipóteses em que for possível ao Poder Público delegar serviço por meio da concessão, poderá igualmente fazê-lo por meio da permissão" (1).
> 3. Apesar da Constituição Federal de 1988 não estabelecer diferença entre os institutos da concessão e permissão, a lei n. 8.987/95, em seu art. 2º, IV, expressamente, os diferencia pelo critério da precariedade. Eis uma diferença que, segundo o administrativista Lucas Rocha Furtado, interessa ao legislador, já que a opção pela concessão ou pela permissão deve manter, necessariamente, pertinência com o volume de recursos necessários à prestação dos serviços alocados em bens reversíveis. Eis o motivo pelo qual o instituto da permissão confere mais liberdade ao poder público no momento de contratar.
> 4. O contrato administrativo que se estabelece através da permissão, possui caráter *intuitu personae*. Ou seja, deriva da obrigação de prestação pessoal

do serviço público ao contratante.
5. Esse caráter personalíssimo da prestação de serviços do contratado, é bem verdade, não impede a subcontratação (2) , desde que haja expressa autorização da Administração Pública, nos termos do art. 26 da. Lei federal n. 8.987/95, *in verbis*: "É admitida a subconcessão, nos termos previstos no contrato de concessão, desde que expressamente autorizada pelo poder concedente. (grifamos)".
6. Esse é, inclusive, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no Resp 1.061.869, senão vejamos: "se há assentimento do órgão que a outorgou, possível a transferência da permissão a terceiro, por ato i*nter vivos*, o que, por sinal, no âmbito do Distrito Federal, é previsto no art. 4º da Lei n.953/95, alterada pela Lei 1.514/97, desde que atendidos os requisitos para tanto exigidos".
7. Ocorre que, na hipótese, o Poder Concedente, qual seja o Município de Fortaleza, através da lei n. 8.060/97, que dispõe sobre o serviço de transporte público alternativo de Fortaleza, veda expressamente a transferência a terceiros, senão vejamos: art. 4º. (omissis). §3°. Fica vedada a transferência das permissões a terceiros.
8. Ademais, este e. Tribunal de Justiça já se posicionou sobre a indispensabilidade de anuência do Ente Federativo Concedente, nos seguintes termos: Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. BOX O MERCADO CENTRAL PERTENCENTE À PREFEITURA MUNICIPAL. BEM PÚBLICO. OCUPAÇÃO IRREGULAR FACE A AUSÊNCIA DA DEVIDA OUTORGA DO USO DO IMÓVEL. TRANSFERIBILIDADE SEM AUTORIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. TERMO DE PERMISSÃO DE USO. ATO ADMINISTRATIVO UNILATERAL, DISCRICIONÁRIO E PRECÁRIO. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. Qualquer tipo de outorga de utilização privativa do bem público é revogável, a qualquer tempo, em virtude mesmo do traço de precariedade, inerente a todos os institutos autorizativos e permissivos.
2. Na hipótese vertente, a recorrente ocupa ilegitimamente bem público, haja vista não possuir autorização da Administração para tal ocupação, considerando-se que a permissão é ato administrativo praticado *intuitu personae*, apenas se legitimando sua transferência a terceiros mediante expresso consentimento da entidade permitente.
3. Não restou demonstrado por parte da agravante qualquer ilegalidade na conduta realizada pela Municipalidade, que apenas exerceu seu dever de fiscalizar, em face do poder de polícia.
4. Agravo conhecido, porém improvido. (AI 2513730200980600000, Rela. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 02/12/2010).
9. Sendo assim, a transferência da permissão, de MARIA DO SOCORRO para JOSÉ JUCÁ DE QUEIROZ CAMPOS, revestiu-se de injuridicidade e, diante do texto da lei federal n. 8.987/95, não há qualquer obrigação da Autarquia Municipal a efetivá-la, uma vez que é a concedente da permissão.
10. Agravo conhecido e provido. (1) FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 2 ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 600. (2) MATTOS, Mauro Roberto de. Da subconcessão e da transferência da concessão ou do controle societário da concessionária e o seu reflexo no contrato administrativo. Disponível em: http://www.gomesdemattos.com.br/artigos/da_subconcessão_e_da_transferência_da_concessão.pdf. Acesso em 14 de setembro de 2011. (agravo de instrumento nº

10238-66.2005.8.06.0000/0, Relator Desembargador EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, Primeira Câmara Cível, julgado em 22/09/2011)

Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO INTERNO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. APELAÇÃO CÍVEL. A CONVALIDAÇÃO DE MANDATO. NEGÓCIO JURÍDICO NULO. OBJETO ILÍCITO. TRANSPORTE ALTERNATIVO. PERMISSÃO. TRANSFERÊNCIA ENTRE PARTICULARES. IMPOSSIBILIDADE. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO.
1. É possível sanar o equívoco na interposição do recurso pela aplicação do princípio da fungibilidade recursal, se inocorrente erro grosseiro e inexistente má-fé por parte do recorrente, além de comprovada a sua tempestividade. Precedentes do STJ.
2. Hipótese em que o agravante pretende obter declaração de validade de mandato celebrado para o fim de transferir os direitos de exploração de rota de transporte alternativo. Objeto ilícito e impossível. Nulidade (Artigo 145, II, do Código Civil de 1916).
3. O permissionário não pode delegar a execução do serviço público objeto da permissão, concedida em caráter personalíssimo. A transferência é prerrogativa do ente político permitente, exigindo-se prévia licitação.
4. A Administração pode revogar, a bem do interesse público, a permissão. Doutrina e jurisprudência vão ao encontro da pretensão recursal do recorrente.
5. Ressalva-se a eventual possibilidade de o agravante reaver o dinheiro pago, na via processual adequada.
6. Agravo Inominado a que se nega provimento. (Embargos de Declaração nº 33189-51.2005.8.06.0001/2, Relator Desembargador LINCOLN TAVARES DANTAS, Quarta Câmara Cível, julgado em 21/05/2008)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA N° 2004.0007.0512-1/0 APELANTES: ETTUSA-EMPRESA DE TRÂNSITO E TRANSPORTE URBANO S/A E WAGNER LIMA BARBOSA APELADO: JOÃO JOCINEIDE DE CARVALHO ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL RELATOR: DES. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL 01: ETTUSA. TRANSPORTE ALTERNATIVO ("TOPIC"). TRANSFERÊNCIAS DE PERMISSÕES A TERCEIROS. CONTRATO PARTICULAR. ILEGALIDADE (artigo 4º, § 3º, da Lei Nº 8.060/1997 c/c os artigos 24 e 43, § 2º, da Lei Nº 8.410/1999). NEGÓCIO JURÍDICO NULO (ART. 104, II E III, C/C ART. 166, II e VII, AMBOS DO CCB). INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO: MOROSIDADE DO JUDICIÁRIO E INÉRCIA DA ADMINISTRAÇÃO NÃO CONFIGURADAS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. Tutela antecipada DESCONSTITUÍDA. APELAÇÃO CÍVEL 02: WAGNER LIMA BARBOSA. ASSISTÊNCIA LITISCONSORCIAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE JURÍDICO: INEXISTÊNCIA DE IDENTIDADE DE INTERESSES ENTRE O ASSISTENTE E O ASSISTIDO E DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O ASSISTENTE E O ADVERSÁRIO DO ASSISTIDO. APELNO NÃO CONHECIDO.
1- Em que pesem as razões da sentença sob enfoque (fls. 347/348), que reconheceu a validade do negócio jurídico celebrado, em 26/05/2000, entre o titular da PERMISSÃO 393, LINHA 57, Sr. FRANCISCO RANGEL

CARDOSO, e o autor desta ação, Sr. JOÃO JOCINEIDE DE CARVALHO, com fundamento na "Teoria do Fato Consumado" e no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, o qual imprime finalidade social à tutela estatal, que tal ato jurídico carece, em seu nascedouro, dos requisitos essenciais à sua validade, igualmente exigidos pelo mesmo diploma legal.

2 - Na contramão das citadas normas e de acordo com o estórico da lide, a PERMISSÃO 393, LINHA 57, foi, primeiramente, negociada entre o seu titular, FRANCISCO RANGEL CARDOSO, e o autor da presente demanda, JOÃO JOCINEIDE DE CARVALHO (Contrato de Promessa de Compra e Venda - fls. 31/33 + Contrato de Cessão de Direito de Uso Real - fl. 37/39), a despeito das vedações legais e contratuais, sem anuência do ente público e, dado o caráter particular da avença, alheia a qualquer espécie de licitação.

3 - Com efeito, não obstante os argumentos favoráveis à procedência da demanda, carreados pelo autor-apelado, acolhidos pelo magistrado *a quo* na sentença e reforçados pelo *Parquet* (fls. 413/415), focados na teoria do fato consumado e na precedência da justiça frente ao direito, penso que esta aparente antinomia falece diante das normas legais e contratuais que vedam, expressamente, a transferência das permissões de execução do transporte público alternativo a terceiros (§ 3º, do art. 4º, da Lei Nº 8.060/1997 c/c Claúsulas Terceira e Décima, do Contrato de Adesão de fls. 89/105).

4 - Segundo a melhor doutrina, para que se possa lançar mão da teoria do fato consumado, faz-se necessária, além da morosidade judicial, a inércia do órgão público frente à situação fática em discussão, o que não ocorreu no caso em apreço. A ETTUSA, em todas as fases processuais, insurgiu-se contra as decisões que lhe foram desfavoráveis, notadamente ao manejar o Agravo de Instrumento Nº 2003.0013.5956-3/0 contra o deferimento da tutela antecipada de fl. 126/129, que determinou a transferência da linha para o recorrido, e ao apelar a esta Corte de Justiça contra a sentença que, mantendo a antecipação da tutela, julgou parcialmente procedente a demanda.

5 - *Ad argumentandum*, partindo-se de uma interpretação analógica entre o caso em apreço e outros onde, supostamente, seja possível, ao permissionário, negociar com terceiros concessões ou permissões conferidas pelo Poder Público, ainda assim o negócio jurídico entre particulares necessitaria da chancela do Poder Público, não só pela natureza precária da permissão (art. 2º, IV, da Lei Nº 8.987/95), como também por expressa dicção da Lei Nº 8.410/1999 (artigos 24 e 43, § 2º), que regulamenta o art. 175, da CF/88, o qual, por sua vez, impõe a observância de prévia licitação.

6 - Daí, sem embargo da existência de boa-fé entre aqueles que negociaram a posse da LINHA 57, DA PERMISSÃO Nº 393, do transporte alternativo municipal de Fortaleza, e dos direitos dela decorrentes (matéria, vale dizer, estranha à presente demanda, mas que pode ser argüida perante o judiciário pela via processual adequada), tal avença não tem o condão de se sobrepor à lei e às normas contratuais que regem o caso, sendo, portanto, NULA DE PLENA DIREITO, por ausência de requisitos essenciais à validade do negócio jurídico: objeto lícito e possível; forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104, II e III, c/c o art. 166, II e VIII, ambos do CCB).

7 - Quanto à segunda apelação, entendemos que falece, ao derradeiro apelante, o interesse jurídico necessário à sua habilitação neste processo, nos termos exigidos pelo artigo 50 (interesse em que a sentença seja favorável a uma das partes) e pelo artigo 54 (toda vez que a sentença influir na relação jurídica existente entre o terceiro assistente e o adversário do assistido),

> ambos do CPC, notadamente por inexistir identidade de interesses entre o assistente (WAGNER) e o assistido (ETTUSA), bem como relação jurídica entre o assistente (WAGNER) e o adversário do assistido (JOCINEIDE).
> 8 - A bem da verdade, a prolação de duas liminares provenientes de Varas distintas (4ª Vara da Fazenda Pública e 26ª Vara Cível), criou uma situação esdrúxula e ilegal, porém autônoma, vez que a segunda liminar não revogou a primeira. Ao contrário, ambas coexistem, gerando, outrossim, mais uma ilegalidade: a existência de dois veículos cadastrados em uma única linha/permissão, a despeito da vedação inserta no § 2º, do art. 4º, da lei nº 8.060/97, acima transcrita.
> 9 - APELAÇÃO CÍVEL 01: ETTUSA. CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. TUTELA ANTECIPADA DESCONSTITUÍDA. APELAÇÃO CÍVEL 02: NÃO CONHECIDA. (Apelação Cível nº 19456-55.2004.8.06.0000/0, relator Desembargador CELSO ALBUQUERQUE MACEDO, Terceira Câmara Cível, julgado em 02/03/2009)

Nula a alienação do direito de permissão da linha nº 57 do transporte alternativo de passageiros de Município de Fortaleza, objeto da permissão nº 105, não podendo o negócio jurídico firmado pelo réu Antoniel Bernardo da Silva prevalecer em favor do autor ou do promovido Fernando Antônio Vidal Marques e muito menos quanto ao Município de Fortaleza, à Empresa de Trânsito e Transporte Urbano S/A (ETTUSA) ou à Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza S/A (ETUFOR).

Destarte, o pedido formulado pelo autor revela-se impossível, assim como se revela a carência de ação por ausência de interesse processual, ensejando a extinção do processo sem análise do mérito mediante o indeferimento da petição inicial, o que se faz de forma colegiada porque somente nesta oportunidade processual é que se chegou a esta conclusão.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery ensinam que:

> II: 5. Condições da ação. A norma indica que as condições da ação (legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual) devem estar presentes desde o início do processo, devendo permanecer existentes até o momento da prolação da sentença de mérito. A primeira oportunidade que o juiz tem de examinar sua existência ocorre na análise da petição inicial, antes, portanto, da citação do réu. A falta de qualquer uma delas acarreta o indeferimento da petição inicial: a) ilegitimidade das partes: CPC 295 II; b) interesse processual: CPC 295 III; c) possibilidade jurídica do pedido (inépcia) CPC 295 par. ún. III.
>
> 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. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.g., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor). De outra parte, o autor movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de

> interesse processual. (Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 9ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2006, págs. 488 e 436)

Já Antônio Cláudio da Costa Machado pontua que :

> Condições da ação são uma categoria jurídico-processual composta dos requisitos de existência do direito de ação (direito a uma sentença de mérito). Três e somente três são as condições da ação: legitimidade das partes (ou *legitimatio ad causam)*, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Legitimidade é a qualidade processual de titular da ação decorrente da titularidade, em abstrato, da relação controvertida deduzida em juízo (ordinária) ou da vontade da lei (extraordinária). Interesse de agir é identificada pelo binômio necessidade-adequação (necessidade concreta do processo e adequação do provimento e do procedimento para a solução do litígio). Possibilidade jurídica corresponde à inexistência, na ordem jurídica, de proibição à formulação do pedido deduzido. Veja-se, ainda, sobre o tema o art. 301, X, e § 4º). (Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, 3ª edição, Barueri-SP: Manole, 2011, págs. 589/590)

O autor da rescisória deve suportar em favor dos patronos dos réus os ônus da sucumbência: pagamento das custas processuais e honorários de advogado, estes arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa constantes na petição de emenda à inicial de fls. 506/507.

Isto posto, julga-se extinta a lide sem apreciação meritória, por carência de ação decorrente da falta de interesse processual e também por se revelar juridicamente impossível o pedido, na forma da aplicação consorciada dos arts. 267, I e VI, e 295, I e III, e seu § único, III, todos do Código de Processo Civil; condena-se o autor à satisfação dos ônus sucumbenciais: custas processuais e honorários de advogado no importe de 15% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

Ação Rescisória nº 28746-26.2006.8.06.0000/0
Autora: CONSCOL – Construtora Cotepadre Ltda
Réu: Edmilson Gomes de Araújo Filho
Relator: Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. OFENSA À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI E ERRO DE FATO. DECISÃO RESCINDENDA PROFERIDA NOS AUTOS DE AÇÃO INDENIZATÓRIA DECORRENTE DE ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS AUTORIZADORES DA DESCONSTITUIÇÃO DA COISA JULGADA. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

- No ano de 1999 o promovido se envolveu em acidente de trânsito com veículo da autora, que trafegava quase pela contra mão de direção da via, embora o réu se deslocasse em uma motocicleta e sem habilitação para tanto. Condenada ao pagamento de indenização por danos materiais e morais, ajuizou a presente rescisória.

- Inexiste o erro de fato consistente na ignorância pela autoridade julgadora da falta de habilitação do réu, uma vez que o juiz, ainda que de forma lacônica, analisou e repeliu as teses deduzidas em sede de contestação, configurando a controvérsia e afastando o *iudicio rescindens*.

- Deste modo, a desconsideração pela autoridade julgadora, da tese segundo a qual a falta de habilitação do ora promovido importaria em excludente de responsabilidade, poderia configurar erro de direito e nunca erro de fato

- Ressalte-se que a irresignação da parte com a orientação seguida pelo magistrado de primeiro grau, ou mesmo eventual carência de motivação no *decisum* não se confundem com a hipótese do erro de fato. Para essas situações existem os instrumentos processuais cabíveis em nosso ordenamento jurídico, não se admitindo o manejo da rescisória como substitutivo de recurso.

- Acerca da impossibilidade de encerramento da prova em sede de audiência preliminar, há que se atentar para o fato de que a ré naquela ação não pugnou, sequer de forma genérica, pela produção de provas em sede de contestação. Ocorrida a preclusão de tal faculdade processual, não se deve declarar a nulidade ocorrida naquela audiência, ante a inexistência de prejuízo.

- Sobre o questionamento acerca do termo inicial para a correção monetária, não há erro de fato, mas violação literal à disposição de lei, o que não impede o conhecimento da matéria. É cediço que não ocorre desrespeito à congruência em tais casos.

- Percebe-se que foram fixadas duas espécies de indenização: por danos morais e por danos materiais. Ocorre que a exordial da presente ação volta-se contra a aplicação da "correção monetária retroativa, quando o valor do salário mínimo já referenciado era atualizado."

- O salário mínimo, entretanto, foi utilizado como critério para a fixação dos danos materiais e não dos danos morais. Assim, mais uma vez, não há como dar guarida à pretensão autoral, haja vista na compensação por

danos materiais, decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual, a correção monetária incidir desde o evento danoso, conforme entendimento sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça.
- Não estabeleceu a decisão rescindenda uma pensão mensal orçada em salários mínimos. Assim, não há falar em atualização do salário para efeitos de correção monetária.
- À vista do exposto, julgo improcedente esta ação rescisória, ante a inocorrência dos requisitos elencados no art. 485, do CPC. Corolário da presente decisão colegiada é a incidência da parte final do art. 494, do Código de Buzaid, o qual dispõe a perda do depósito em favor do réu, bem como a fixação dos honorários advocatícios, os quais estipulo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com o art. 20 do mesmo diploma normativo.
- Ação rescisória improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória nº. 28746-26.2006.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer da ação em referência para lhe negar procedência, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de ação rescisória proposta pela sociedade empresarial Conscol – Construtora Cotepadre Ltda objetivando desconstituir sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara Cível de Fortaleza e o novo julgamento do processo nº 2000.0110.9516-5 para que sejam considerados improcedentes os pedidos de indenização formulados por Edmilson Gomes de Araújo Filho.

Narra que no ano de 1999 o promovido se envolveu em acidente de trânsito com veículo da autora, que trafegava quase pela contra mão de direção da via, embora o réu se deslocasse em uma motocicleta e sem habilitação para tanto.

Afirma que após a fase postulatória o reitor do feito proferiu despacho para a realização de audiência preliminar, fazendo referência expressa ao art. 331 do CPC. Por este motivo entende que a sessão não poderia se transmudar em instrução e julgamento prevista no art. 450 do Digesto Processual Civil, porque na data da mencionada audiência compareceram o autor e o seu advogado e o representante legal da promovida e, diante da ausência do advogado desta última, foi requerido o encerramento da prova da CONSCOL, no que foi atendido pelo Juiz, aplicando a regra contida no art. 453, §

2º, do CPC. Alega que a ausência do advogado do réu da ação ordinária se deu em razão do seu falecimento e o *error in procedendo* repercutiu no processo e na sentença que terminou por condenar a promovida ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 10.000,00 e danos materiais quantificados em R$ 46.800,00.

Sustenta que a ação rescisória tem suporte nos incs. V e IX do art. 485 do CPC, porquanto configurado que a sentença violou dispositivo de lei e está fundada em erro de fato, haja vista que a autora foi intimada para audiência de preliminar (conciliação), na qual não há a obrigatoriedade de comparecimento das partes, entretanto recebeu a reprimenda típica da instrução e julgamento em decorrência da ausência do seu advogado à mencionada sessão, impedindo-se a ré, ora autora, de fazer a prova da culpa exclusiva da vítima no acidente de trânsito. Pontua infringência aos arts. 5º, LV, e 93, IX, da CF/1988.

Quanto ao erro de fato diz que no momento da sentença já constavam dos autos os documentos que provam que o vencedor da lide originária estava conduzindo uma motocicleta sem a devida habilitação, nos termos do laudo pericial, questionamento este que restou não controvertido e sobre o qual o Juiz sentenciante não se pronunciou por ocasião do julgamento, mas que influenciou na conclusão adotada na sentença, considerando que o motorista que guia veículo ou motocicleta sem habilitação é culpado pelo sinistro.

Outro ponto sobre o qual se debruça o autor é que a condenação por danos morais referiu-se ao importe de 50% do salário mínimo vigente em outubro de 2004 (equivalente a R$ 260,00), corrigidos a partir da decisão de mérito e a vítima pediu em embargos declaratórios que o *dies a quo* deveria retroagir à data do acidente (agosto de 1999), no que foi integrada a sentença. Todavia, pretende que o valor da fração de salário mínimo seja a vigente na data do acidente (R$ 136,00), reduzindo-se a quantificação dos danos materiais.

Pediu a antecipação da tutela jurisdicional, requestou a rescisão da sentença e o novo julgamento da causa. Anexou à peça vestibular os documentos de fls. 27 a 106.

A promovente emendou a inicial para juntar documentos (fls. 111/112 – fls. 113/214).

Despacho à fl. 231 determinando que a autora juntasse a certidão de trânsito em julgado da sentença rescindenda (fl. 231), vindo ao caderno processual a peça de fl. 235.

O réu apresentou contestação (fls. 242/249). Defende que a audiência conciliatória ocorreu no dia 19/06/2001, todavia o advogado da ré, ora autora, não compareceu à sessão. E, no dia 29/08/2001 foi realizada audiência de instrução e a promovida, mesmo intimada, não compareceu e não enviou representante legal, afastando-se o motivo legal utilizado na vestibular da rescisória para a violação a dispositivo legal. Diz que a culpa exclusiva da vítima não restou configurada em nenhum momento pois nada justifica que o veículo de propriedade da autora da rescisória trafegasse pela contramão da via pública e sem a devida atenção. Refuta a violação a

dispositivo de lei e à tese de que a sentença se houve com erro de fato. Trouxe aos autos os documentos de fls. 250 a 319.

Réplica às fls. 325/331.

Os litigantes foram instados ao oferecimento de razões finais (fl. 333), mas deixaram transcorrer *in albis* os prazos de que dispunham (fl. 335).

Parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça opinando pela improcedência dos pedidos formulados na ação rescisória (fls. 339/344).

É o relatório, que encaminho à eminente Revisora.

VOTO

Atendidos os requisitos processuais insculpidos no art. 282, do CPC, passo à análise do juízo rescindente, questão preliminar que se impõe em todas as modalidades de ação rescisória.

Sustenta a autora a violação literal à disposição de lei, bem como a prolação de sentença fundada em erro de fato.

Compulsando os autos e analisando a argumentação expendida pela promovente, não encontro fundamentação jurídica apta a caracterizar o erro de fato.

Isto porque o § 2º, do art. 485, do CPC, estabelece como requisito necessário à configuração de tal vício a inexistência de controvérsia ou pronunciamento judicial sobre o fato.

Da leitura do *decisum*, fls. 59/75, que se pretende desconstituir, vejo que o juiz de forma lacônica refutou as teses deduzidas em sede de contestação (fls. 149/151).

A defesa da ré, ora promovente, especificamente à fl. 150, suscita a questão da falta de habilitação do autor, ora promovido:

> "Sendo que o mesmo não conhece as leis de trânsito por não ser habilitado, como ele quer que o réu pague indenizações se ele mesmo não conhece o seu próprio erro?"

A sentença atacada, a seu turno, manifestou-se sobre as teses de defesa da seguinte forma:

> "Da contestação nada se aproveita nesse sentido. Em seu arrazoado de fls. 62/64 dos autos a parte nada traz que venha a obstacular as pretensões autorais, de documento trouxe tão somente a procuração *ad judicia*."

Veja-se que, a despeito da maneira sintética, as teses de defesa foram analisadas e repelidas, configurando a controvérsia, a qual uma vez demonstrada, afasta o *iudicio rescindens*.

Sobre o tema, prelecionam Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha: (Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. Meios de impugnação às

decisões judiciais e processos nos tribunais. Editora JusPodivm. Salvador. 7 ed. 2009. pp. 424/425):

> "A inexistência de controvérsia pode ser concebida em três hipóteses, segundo a sistematização de Barbosa Moreira: se o fato não foi alegado por nenhuma das partes; se uma admitiu expressamente a alegação da outra; ou se uma parte simplesmente se absteve de contestar a alegação da outra. (...) Na verdade, a configuração do erro de fato denota a existência de uma sentença injusta que deve, então, ser rescindida. Realmente, para que a sentença seja justa, faz-se necessário que aprecie ou suponha corretamente os fatos, "pois caso contrário emprestará consequências jurídicas que não ocorreram, pois deu como existentes fatos que não se verificaram, ou, em outras palavras, aplicará uma lei que não incidiu, tendo havido erro de fato. O erro de fato constitui um erro de percepção, e não de um critério interpretativo do juiz."

Outro argumento que afasta o vício suscitado pelo autor é o fato de que a desconsideração pela autoridade julgadora, da tese segundo a qual a falta de habilitação do ora promovido importaria em excludente de responsabilidade, pode configurar erro de direito e nunca erro de fato:

> "O erro deve ser de fato, não permitindo a ação rescisória o erro de direito. A suposta injustiça da decisão, bem por isso, não dá azo ao ajuizamento nem ao acolhimento da ação rescisória." (Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha. Curso de Direito Processual Civil. Volume 3. Meios de impugnação às decisões judiciais e processos nos tribunais. Editora JusPodivm. Salvador. 7 ed. 2009. p. 425)

Sobre o tema, esta egrégia Corte já se manifestou:

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. DEPÓSITO PRÉVIO. ART. 488, INCISO II, DO CPC. DESNECESSIDADE. AÇÃO ORIGINÁRIA. REPARAÇÃO DE DANOS. ALEGAÇÃO DE FALTA DE APRECIAÇÃO DE PROVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO LITERAL DE DISPOSIÇÃO DE LEI. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVAS. REDISCUSSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO IMPROCEDENTE.
> 1. Consoante pacífico entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a parte beneficiária da Justiça Gratuita não está obrigada a fazer o depósito de que trata o art. 488, inciso II, do CPC.
> 2. O provimento judicial que se pretende rescindir não desrespeitou ou deixou de observar literal disposição de lei, mas optou por uma das teses de possível aplicação à controvérsia, deixando de aplicar aquela sustentada pelo autor.
> 3. O inciso IX, do art. 93 da CF/88 não impõe que as decisões judiciais sejam exaustivamente fundamentada, o que se exige é que o juiz ou tribunal dê as razões de seu convencimento, não estando obrigado a responder a

> todas as alegações das partes.
> 4. Não se legitima a propositura de ação rescisória, quando a intenção da parte autora é no sentido de utilizar-se de tal demanda para reexaminar a valoração da prova e, por conseguinte, rediscutir o julgado.
> 5. Ação rescisória julgada improcedente." (Ação rescisória 1839902200480600000; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: Câmaras Civeis Reunidas; Data do julgamento: 25/11/2008)

Ressalte-se que a irresignação da parte com a orientação seguida pelo magistrado de primeiro grau, ou mesmo eventual carência de motivação no *decisum* não se confundem com a hipótese do erro de fato. Para essas situações existem os instrumentos processuais cabíveis em nosso ordenamento jurídico, não se admitindo o manejo da rescisória como substitutivo de recurso.

Forte nestes fundamentos, nego provimento à pretensão rescindente formulada com base no art. 485, IX, da Lei Adjetiva.

Passo à análise da ofensa a dispositivo legal, consubstanciada na inobservância do rito processual no que tange à audiência preliminar de conciliação.

Aqui também não logrará êxito a autora.

Compulsando os fólios, vejo que em sua contestação a autora dessa rescisória não especificou as provas que pretendia produzir. Na verdade, não pugnou sequer de forma genérica pela sua produção no decorrer da instrução processual.

Deste modo, desatendido o princípio da eventualidade, insculpido no art. 300, do Código de Ritos, precluiu para a ré o direito à produção de provas.

Neste sentido, posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. ESPECIFICAÇÃO DE PROVAS. MANIFESTAÇÃO A CONSIDERAR. PRECLUSÃO.
> I. Preclui o direito à especificação de provas se a parte, instada a requerê-la por despacho posterior à contestação, deixa de fazê-lo, dando margem ao julgamento antecipado da lide por se cuidar de matéria de direito.
> II. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 206.705/DF, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 03/02/2000, DJ 03/04/2000, p. 155)"

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVA EXPRESSAMENTE REQUERIDA NA INICIAL. INÉRCIA QUANTO AO DESPACHO DE ESPECIFICAÇÃO DAS PROVAS. JULGAMENTO DE IMPROCEDÊNCIA, JUSTAMENTE POR FALTA DE PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA.
> **1. O Código de Processo Civil indica o momento processual adequado para o pedido de produção de provas: para o autor, a petição inicial; para o réu, a contestação.**
> 2. É lícito ao juiz determinar que as partes especifiquem as provas que pretendem produzir, depois de delimitadas as questões de fato controvertidas. Mas lhe é defeso ignorar o pedido já formulado na petição

> inicial, inda que a parte não responda ao despacho de especificação.
> 3. Há cerceamento de defesa quando o juiz deixa de colher as provas expressamente requeridas na petição inicial e julga improcedente o pedido, justamente, por falta de provas. (AgRg no Ag 388759/MG, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/09/2006, DJ 16/10/2006, p. 362)" Grifei.

Deste modo, uma vez precluso o direito de requerer a produção de provas para corroborar suas teses de defesa, não há prejuízo ao encerramento da prova em desfavor da ré.

Sobre a impossibilidade de decretação de nulidade sem a demonstração do prejuízo, Fredie Didier Júnior assim se manifesta, *verbis*:

> "A invalidade processual é sanção que somente pode ser aplicada se houver conjugação do defeito do ato processual (pouco importa gravidade do defeito) com a existência de prejuízo. Não há nulidade processual sem prejuízo (*pas de nulitè sans grie*f). A invalidade processual é sanção que decorre da incidência de regra jurídica sobre um suporte fático composto: defeito + prejuízo.
> Há prejuízo sempre que o defeito impedir que o atinja 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, CPC), ou as chamadas nulidades absolutas." (Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 2007. Ed. Jus Podivm. Pág. 231)

Com efeito, inexiste ofensa literal de dispositivo de lei se a ora promovente não mais detinha a faculdade processual de produzir prova em favor de suas teses defensivas.

Por fim, resta o questionamento acerca do termo inicial para a correção monetária.

Aqui, há que se fazer algumas considerações.

Não se trata, a despeito do alegado pela autora, de erro de fato, mas de violação literal à disposição de lei.

Isso porque a promovente volta-se contra o entendimento judicial acerca do marco inicial para a fluência da atualização monetária. Questão unicamente de direito que permitirá a rescisão da coisa julgada desde que subsumida à hipótese do art. 485, V, do CPC.

Ressalte-se que a equivocada indicação da autora do fundamento legal para desconstituição do *decisum* não constitui óbice para que este juízo conheça o pedido. É cediço que o princípio da congruência não é violado em tal hipótese:

> "a indicação errônea de um por outro dos incisos do art. 485, todavia (assim como o equívoco na referência à disposição legal supostamente violada, no caso do inciso V), não vincula o órgão julgador, que pode examinar o

> pedido, e eventualmente acolhê-lo, à luz do dispositivo adequado, desde que a narração do fato conste da inicial. Para que haja essa correção, é preciso que o autor narre o fato apto a permitir a rescisão e apenas erre na indicação do dispositivo violado;" (Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 2007. Ed. Jus Podivm. pp. 385/386)

Há que se analisar, então, se o entendimento do juízo de primeiro grau efetivamente violou literal disposição de lei.

É sabido que as hipóteses de incidência de tal fundamento não encontram limites no texto legal, estando abrangidas pelo inciso V, do art. 485, desrespeito a **normas jurídicas** consubstanciadas em regras, princípios e entendimentos judiciais da cortes superiores.

> "Cumpre a propósito, observar que não cabe ação rescisória por violação a um enunciado de súmula de tribunal, ainda que se trate de súmula vinculante. Na verdade, cabe a ação rescisória por violação à norma representada pelo enunciado da súmula. O enunciado da súmula divulga, resume e consolida uma interpretação dada a um dispositivo legal ou constitucional. E é essa interpretação que constitui a *norma* jurídica e não o texto constante da *letra* do dispositivo." (Curso de Direito Processual Civil. Volume 1. 2007. Ed. Jus Podivm. pp.)

Fixadas essas premissas, passo análise da fundamentação do *decisum*, às fls. 74/75.

Aqui, vejo que o magistrado, ao deferir a antecipação da tutela, assim dispôs:

> "... para entender justa e correta a indenização por dano moral (…) da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais) (…) Quanto aos danos materiais, não merece guarida a condenação ao pagamento de verba alimentícia, pois o autor não ficou totalmente inválido, nem tampouco no valor estipulado na inicial, pois não comprovou seus ganhos mensais, o que hei por bem em de logo fixar valor certo, o que arbitro da seguinte forma: calculando que o mesmo não ficou totalmente inválido, bem como não demonstrou sua renda, tomo como ponto de partida o valor do salário mínimo (R$ 260,00), para aplicar a favor do autor o percentual de 50% do dito salário, ou seja, R$ 130,00. Desta feita, imponho à requerida o pagamento da verba referente a 30 (trinta) anos na base acima firmada, totalizando R$ 1.560,00 por ano, ou seja, em valor certo de R$ 46.800,00, devendo igualmente ser corrigido desde a data do evento fatídico..."

Percebe-se que foram fixadas duas espécies de indenização: por danos morais e por danos materiais. Ocorre que a exordial da presente ação volta-se contra a aplicação da "correção monetária retroativa, quando o valor do salário mínimo já referenciado era atualizado." (fl. 26)

O salário mínimo, entretanto, foi utilizado como critério para a fixação dos

danos materiais e não dos danos morais.

Assim, mais uma vez, não há como dar guarida à pretensão autoral, haja vista na compensação por danos materiais, decorrentes de ato ilícito de natureza extracontratual, a correção monetária incidir desde o evento danoso, conforme entendimento sumulado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "Súmula nº 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo"

Há que se deixar claro, que o salário mínimo foi utilizado como mero referencial para a fixação do *quantum* devido. Não estabeleceu a decisão rescindenda uma pensão mensal orçada em salários mínimos. Assim, não há falar em atualização do salário para efeitos de correção monetária.

À vista do exposto, julgo improcedente esta ação rescisória, ante a inocorrência dos requisitos elencados no art. 485, do CPC.

Corolário da presente decisão colegiada é a incidência da parte final do art. 494, do Código de Buzaid, o qual dispõe a perda do depósito em favor do réu, bem como a fixação dos honorários advocatícios, os quais estipulo em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa, em conformidade com o art. 20 do mesmo diploma normativo.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

Processo nº 4614-65.2007.8.06.0000/0 (2007.0030.3664-0/0)
Natureza: Ação Rescisória.
Autora: REGINA MARTA DE MOURA RODRIGUES.
Réus: FACULDADE KURIOS.
LUIZ ARAMICY BEZERRA PINTO.
ROSSANA SOARES MOREIRA DE SOUSA.
JOANA MONTENEGRO DE ALBUQUERQUE MARANHÃO.
FERNANDO BORGES MOREIRA MONTEIRO.
SENHORINHA ARACY BEZERRA PINTO.
Relator: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA:

AÇÃO RESCISÓRIA. CABIMENTO. SENTENÇA DE MÉRITO OU ACÓRDÃO. VIOLAÇÃO LITERAL DE LEI. MATÉRIA EM JULGAMENTO. VINCULAÇÃO. OMISSÃO DA LEI VIOLADA PELA SENTENÇA. POSSIBILIDADE. ERRO DE FATO. CONTROVÉRSIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA FALSA. FUNDAMENTO DA SENTENÇA. LIAME NÃO COMPROVADO. PEDIDO RESCISÓRIO IMPROCEDENTE.

1. Trata-se de ação rescisória para desconstituir sentença de mérito transitada em julgado que rescindiu contrato negocial celebrado entre as partes por inadimplemento. Fundamenta a ação rescisória os incisos II, V, VI e IX do artigo 485 do CPC.

2. Cabe ação rescisória para desconstituir decisão de mérito. Se o acórdão não apreciou o mérito da questão, é viável a indicação da sentença como objeto da ação rescisória.

3. A violação literal de lei arguida em ação rescisória deve incidir sobre qualquer norma que discipline a matéria em julgamento, embora não haja necessidade de que o preceito violado figure, expressa ou implicitamente, na sentença rescindenda.

4. Sobre o erro de fato que ensejar a rescisão da decisão não deve ter havido controvérsia ou pronunciamento judicial. Precedentes.

5. A falsidade da prova a fundamentar a rescisão da sentença deve ser apurada em processo criminal ou nos próprios autos da ação rescisória. Precedentes. Ademais, mesmo comprovada a falsidade da prova, não deve prevalecer a rescisão se existem outros fundamentos aptos à manutenção da decisão. Precedentes.

6. Ação Rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Ação Rescisória nº 4614-65.2007.8.06.0000/0 (2007.0030.3664-0/0), em que figuram as partes acima indicadas,

Acordam os Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em JULGAR IMPROCEDENTE a ação rescisória nos termos do artigo 269, I, do CPC, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória interposta por Regina Marta de Moura Rodrigues para desconstituir sentença proferida pela MMª Juíza de Direito da Comarca de Maranguape em ação Ordinária de Rescisão Contratual c/c Reintegração de Posse por Inadimplemento, proposta pelos promovidos contra a autora epigrafada – fls. 02/16.

Quanto aos fatos, aduz a autora que celebrou negócio jurídico com os promovidos Luiz Aramicy Bezerra Pinto, Rossana Soares Moreira de Sousa, Joana Montenegro de Albuquerque Maranhão, Fernando Borges Moreira Monteiro e Senhorinha Aracy Bezerra Pinto para compra de um terreno com um prédio encravado, no qual funcionava o Hospital Infantil de Maranguape. A avença estipulava o preço de cento e sessenta mil reais, a serem pagos em dezesseis parcelas de dez mil reais cada.

Alega, então, a promovente que o hospital foi descredenciado pelo município de Maranguape, impossibilitando o cumprimento do acordo, havendo adimplido quarenta e oito mil reais do total acordado.

Ante o inadimplemento, os promovidos adentraram com a ação Ordinária acima mencionada, a qual foi julgada procedente pela MMª Juíza singular, com a consequente reintegração de posse do imóvel aos promovidos acima mencionados.

Agora pretende a autora rescindir a sentença prolatada na ação ordinária original, alegando que não foram observadas determinações previstas em lei.

Para tanto, discorre a autora que fora enganada quanto aos termos do contrato, pois, segundo ela, os contratantes tinham conhecimento anterior sobre o descredenciamento do hospital, além de imputarem valores menores às dívidas trabalhistas assumidas quando da transferência da instituição.

Assevera a autora, que houve cerceamento de defesa durante a tramitação processual, porquanto a presidente do feito não realizou instrução adequada, além de não oportunizar a devolução da quantia já adimplida por ela, autora, embora tenha havido requerimento nesse sentido por ocasião da contestação e da reconvenção apresentada.

Alega, então, que a cláusula 2.1 do contrato afrontou os incisos II e IV do artigo 51 do Código do Consumidor e as cláusulas 7 e 8 contrariaram o inciso XII do mesmo diploma legal.

Além disso, segundo a autora, houve ofensa ao artigo 53 do CDC quanto a não devolução das parcelas já pagas aos contratantes.

Como fundamento para interposição da presente ação sustenta a demandante que a sentença incorreu em violação literal de lei (artigo 485, V, do CPC) e fora fundada em erro de fato, porquanto a decisão rescindenda admitiu fato inexistente (artigo 485, IX, e parágrafo 1º, do CPC).

Com relação à violação literal de lei, alega a autora ausência de constituição em mora da devedora, afrontando os artigos 12, 14 e 22 do decreto-lei nº 58/37, ao decreto-lei nº 745/69 e à súmula 76 do STJ.

Quanto à admissão de fato inexistente, assevera que a sentença considerou a devedora em mora, quando, pela ausência da interpelação extrajudicial para sua constituição, a devedora não se encontrava na condição de inadimplente, o que, em sua ótica, caracteriza o cometimento de erro de fato.

Além disso, a autora alega a ocorrência de contrariedade ao inciso VI do artigo 485 do CPC, visto que a sentença fora fundada em prova ilícita e produzida de forma fraudulenta. Aponta os documentos cujas cópias se encontram às fls. 171/182 e 235/236 dos autos como criadas unilateralmente, sem consistência para fundamentar a decisão.

Informa a autora que no prédio funciona, hoje, a Faculdade Kurios, a qual foi chamada a integrar a lide como litisconsorte por existir natural interesse na demanda.

Apresenta, finalmente, pedido de tutela antecipada para sustar reformas ou atividades no prédio em litígio bem como o cancelamento das averbações junto ao Registro de Imóveis de Maranguape em nome dos promovidos. No mérito, requer a procedência da ação com a anulação da sentença prolatada na ação Ordinária e a anulação do próprio processo a partir da inicial, por falta de formalidade quanto à interpelação para constituição em mora.

Junta copiosa documentação, incluindo todo o processo original (fls. 34/420), dos quais destaco as cópias da petição inicial (fls. 34/37, do compromisso de compra e venda do imóvel (fls. 88/93), da reconvenção (fls. 99/102), da contestação (fls. 107/111), da sentença (fls. 243/247), da apelação (fls. 256/258 e 259/261), do acórdão prolatado pela 3ª Câmara cível desta Corte (fls. 407/413) e do trânsito em julgado da decisão (fl. 415).

Citados, os autores originais, aqui promovidos, contestaram a ação (fls. 474/487), assim como a litisconsorte Faculdade Kurios (fls. 491/499).

Requerem os primeiros demandados, em preliminar, a extinção do feito, alegando impossibilidade jurídica do pedido porquanto o pedido se refere à desconstituição da sentença de primeiro grau quando existe acórdão emitido pela Corte de Justiça estadual negando provimento ao recurso de apelação da decisão rescindenda, este sem pedido rescisório.

No mérito, alegam os primeiros promovidos a impossibilidade de revolvimento do acervo probatório, como pretende a autora, em sede de ação rescisória,

além da inexistência de violação aos incisos do artigo 485 do CPC, como indicados na inicial, pugnando pela improcedência da ação.

A litisconsorte Faculdade Kurios requer, em preliminar, o indeferimento da inicial, alegando a falta do depósito exigido pelo artigo 488, II, do CPC, o não cabimento da ação por não se comprovar violações aos incisos do artigo 485 do CPC e a ilegitimidade da parte, em razão de não ter participado da ação original.

No mérito, a litisconsorte alega a lisura da aquisição do imóvel por registro imobiliário, decorrente da rescisão contratual operada em juízo, pelo que, restam ausentes os requisitos necessários ao ajuizamento da ação, bem quanto à concessão da tutela antecipada, pugnando, enfim, pelo acolhimento das preliminares para extinção do processo, ou, alternativamente, a improcedência da ação.

Réplica às contestações (fls. 606/613 e 621/630).

Decisões sobre preliminar de ilegitimidade, pedido de tutela antecipada e início de instrução – fls. 632 e 637.

Despacho fixando os pontos controvertidos da demanda – fls. 646 e verso.

Processo encaminhado à Comarca de Maranguape para efetivação da instrução, como requerido nos autos.

Audiência designada – fl. 651. Não houve realização da audiência por ausência da magistrada da 2ª Vara da Comarca de Maranguape, atuando junto ao mutirão carcerário – certidão à fl. 670.

Pedido de encerramento da prova por parte da autora, considerando, principalmente, a impossibilidade em conduzir as testemunhas à audiência, requerendo, então, o retorno dos autos – fl. 673.

Memoriais da autora – fls. 689/690.

Razões finais da litisconsorte Faculdade Kurios – fls. 692/696.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, opinando, em princípio, pela tempestividade de todos os atos processuais ensejando a apreciação da ação por sua regularidade, sem observância de qualquer falha geradora de nulidade – fls. 702/716.

No mérito, a nobre representante do Ministério Público nega a existência de contradição aos incisos que servem de fundamentos à ação arguindo, em resumo, o seguinte:

a) não restou comprovado que a sentença resultou de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou para fraudar a lei;

b) inexiste violação literal à lei consumerista e aos decretos mencionados por se tratarem de diplomas alheios à questão;

c) a decisão vergastada não se amparou em prova falsa;

d) não caracteriza erro a previsão contratual da constituição em mora, bem como a apreciação da matéria pela sentença rescindenda, como ocorreram no presente caso.

Ao final, pugna pelo provimento da preliminar de indeferimento da petição inicial ante a impossibilidade jurídica do pedido e a falta de requisitos de admissibilidade

da ação rescisória, ou, alternativamente, a improcedência da demanda.

Petição da autora contrariando o parecer ministerial – fls. 719/722.

É o relatório.

VOTO

Como relatado, trata-se de Ação Rescisória interposta por Regina Marta de Moura Rodrigues com o fim de desconstituir sentença de primeiro grau prolatada em ação ordinária de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel c/c reintegração de posse ajuizada pelos promovidos contra a promovente.

A decisão rescindiu o contrato de compra e venda de imóvel celebrado entre a autora e os promovidos epigrafados, excluída a Faculdade Kurios, sob alegação de inadimplemento, tendo o imóvel retornado à posse dos proprietários anteriores.

O contrato mencionado incluiu, além do imóvel, todo o ativo e passivo de um hospital que ali funcionava, denominado Hospital Infantil de Maranguape, cuja administração era efetuada por uma sociedade criada para tal fim, a qual, tendo transferido seus direitos de propriedade por intermédio do contrato de compra e venda, repassou também seus direitos societários através do quinto aditivo ao contrato social, como se verifica às fls. 329/330 dos autos.

Interessante observar que a autora, através do sétimo aditivo ao contrato social do Hospital Infantil de Maranguape Ltda., retirou-se da sociedade transferindo o total de suas cotas em data anterior à sentença rescindenda, o que, em tese, deixaria de lhe conferir legitimidade para representar a sociedade (diga-se, o hospital) em juízo – vide fls. 334/335.

Entretanto, assim como ocorreu aos antigos proprietários, sua legitimidade decorre do contrato de compra e venda, cuja discussão gerou o processo original, o recurso e a presente ação rescisória, e não do contrato social, do qual ela, autora, não mais faz parte.

Posteriormente ao trânsito em julgado da sentença, não havendo condições de reativação do hospital, os proprietários anteriores repassaram o imóvel, no qual foi instalado estabelecimento de ensino superior com a denominação de "Faculdade Kurios", a qual, por disposição do artigo 47 do CPC, integra a ação na qualidade de litisconsorte necessário.

Esse o resumo dos fatos. Agora, pretende a autora rescindir a sentença original por, no seu entender, ter havido contrariedade a algumas das regras contidas no artigo 485 do CPC.

Em princípio passo a analisar as preliminares levantadas, como discriminado abaixo.

Quanto ao pedido de antecipação da tutela, requerido pela autora, verifica-se despacho interlocutório para sua apreciação, no qual se rejeita a medida pelos fundamentos ali expostos – vide fl. 637.

Com relação aos pedidos preliminares interpostos pela litisconsorte Faculdade Kurios, de início vem a requisição de extinção do feito em face da ausência do depósito exigido pelo artigo 490, II, do CPC.

Entendo não caber razão à contestante, porquanto a autora, ao iniciar a demanda, alegou condição de hipossuficiência financeira que a impedia de arcar com as despesas exigidas para regular tramitação do feito.

As decisões de fls. 425/426 e 440/441 apreciaram dita condição, culminando com o deferimento dos benefícios da justiça gratuita à autora pelas razões ali inseridas.

A 2ª preliminar arguida pela litisconsorte também não merece prosperar porque as razões invocadas de que a autora não conseguiu comprovar qualquer das situações previstas no artigo 485 do CPC constituem o escopo da demanda, não cabendo, assim, mera análise preliminar para sua resolução. Ademais carece de maiores fundamentos a argumentação nesse sentido.

A última preliminar invocada pela litisconsorte Faculdade Kurios, quanto à sua legitimidade para estar em juízo, também foi objeto de análise desta relatoria pela decisão de fl. 632 dos autos, tendo em vista o interesse da contestante na demanda atraindo aplicação do artigo 47 do CPC, por se tratar de litisconsorte necessário à luz deste artigo.

Superadas, então, as preliminares da autora e da contestante Faculdade Kurios, tenho todas por rejeitadas.

Atenho-me à preliminar apresentada pelos primeiros promovidos quanto à impossibilidade jurídica do pedido, porquanto a sentença que se pretende rescindir estaria substituída por decisão colegiada, sem a devida impugnação.

Para tanto, reproduzo abaixo o que dispõe o artigo 512 do CPC:

> "O julgamento proferido pelo Tribunal substituirá a sentença ou a decisão recorrida no que tiver sido objeto de recurso".

Para melhor aplicação do artigo 512 do CPC, reproduzo interessante colocação da doutrina, como abaixo:

> "O artigo 512 é relevante para determinação do objeto da ação rescisória: havendo a substituição nele referida, a rescisão terá de atacar o julgado do recurso e não a sentença recorrida." (Comentário ao artigo 512 '*in'* Código de Processo Civil Anotado; Humberto Teodoro Júnior; 13ª ed.; Ed. Forense; Rio de Janeiro; 2009; p.486).

Também a Corte Superior de Justiça firmou entendimento sobre a substituição da sentença pelo acórdão emitido por órgão colegiado em grau de recurso, como se define pelo julgado abaixo:

> "Ementa RECURSO ESPECIAL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

> AÇÃO RESCISÓRIA AJUIZADA EM FACE DE ACÓRDÃO QUE NÃO CONHECEU DO RECURSO DE APELAÇÃO POR INTEMPESTIVIDADE. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO DE MÉRITO. INADMISSIBILIDADE DA VIA ELEITA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA EXTENSÃO, PROVIDO.
> 1. Não é cabível ação rescisória de acórdão que não conheceu de apelação por intempestividade.
> 2. Somente os acórdãos que enfrentam o mérito da questão são sujeitos a rescisão, na forma do art. 485, *caput*, do CPC. Nesse caso, o pronunciamento do órgão 'ad quem' substitui a sentença contra a qual foi manejado o recurso. Porém, tal não ocorre quando o tribunal competente para o julgamento do apelo, dele não conhece. Nesse caso, não havendo substituição da sentença hostilizada, somente essa poderá dá ensejo ao ajuizamento de ação rescisória, mas não o acórdão.
> 3. Ademais, o prolongamento por tempo indeterminado de litígios judicializados, ainda que no âmbito de relação processual diversa da original, é incompatível com o direito à duração razoável do processo, intimamente ligado à ideia de proteção judicial efetiva.
> 4.Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido.". (Destaquei). (REsp 474022 / RS RECURSO ESPECIAL 2002/0143295-6 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA Data do Julgamento 28/04/2009 Data da Publicação/ Fonte DJe 11/05/2009).

Assim, se o órgão recursal conheceu da impugnação e sobre ela emitiu decisão quanto ao mérito da questão, tal decisão substitui a sentença, constituindo-se, afinal, no objeto da ação rescisória.

No caso em análise, este Sodalício, através da augusta 3ª Câmara Cível, embora não tenha negado conhecimento ao recurso de apelação interposto pela parte inconformada, aqui autora da demanda rescisória, emite acórdão que deixa severas dúvidas quanto à substituição da sentença original. Isto porque ressalta a precariedade do apelo, e só procede a apreciação do recurso por força de ofício.

Reproduzo abaixo excerto da decisão quanto à apreciação do recurso de apelação – fl. 412, 4º parágrafo:

> "No mérito, defendem a tese de que a rescisão contratual importaria na devolução dos valores pagos, todavia, é imperioso aclarar que embora o petitório não tenha sido alicerçado com qualquer fundamentação jurídica, demonstrando que a apelação é sofrível, deve-se reconhecer a aplicação do axioma jurídico *'dai-me os fatos que vos darei o* direito'".

Portanto, pela "parca fundamentação" ou "fundamentação nenhuma", e ainda "por não encontrar nenhum respaldo probatório que o fundamente", conforme a decisão, o apelo restou conhecido apenas para negar-lhe provimento com a manutenção da sentença original.

Entendo, assim, que a impugnação operada apenas por impugnar, não deve

ter, como consequência jurídica, o completo desaparecimento da sentença, substituída por decisão, embora colegiada, que não lhe enfrentou o mérito de forma adequada.

Veja-se, abaixo, julgado da Corte Superior de Justiça neste sentido:

> "Ementa: Recurso especial. Ação rescisória. Objeto. Sentença. Possibilidade.
> - Quando for suscitado apenas 'error in procedendo' no recurso de apelação, não há que se falar em substituição da sentença pelo acórdão prolatado no julgamento do recurso. Nesta hipótese, é viável apontar a sentença como objeto da ação rescisória.
> - Outrossim, o fato de ter sido utilizada a expressão 'sentença' ao invés de 'acórdão' não se mostra suficiente para impedir a análise do mérito da ação rescisória, devendo o equívoco ser considerado mera irregularidade.
> - Recurso especial conhecido e provido." (Destaquei). (REsp 744271/DF RECURSO ESPECIAL 2005/0066342-4; Rel. Min. Nancy Andrighi; Órgão Julgador T3 - TERCEIRA TURMA Data do Julgamento 06/06/2006 Data da Publicação/Fonte DJ 19/06/2006 p. 136).

Assim, considerando que a decisão colegiada não teve o condão de substituir a sentença rescindenda por não ter enfrentado adequadamente o mérito, rejeito a preliminar arguida pelos primeiros promovidos quanto à impossibilidade jurídica do pedido.

Quanto ao mérito, de início, devo destacar a limitação da ação rescisória, a qual enseja apreciação apenas no que diz respeito às disposições contidas no citado artigo 485 do CPC.

Nesse sentido, veja-se orientação da Corte Superior de Justiça, como abaixo:

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ESPECIAL EM AÇÃO RESCISÓRIA. ANÁLISE EXCLUSIVA DA OFENSA AO ART. 485 DO CPC (CABIMENTO DA RESCISÓRIA). APLICAÇÃO DAS SÚMULAS N. 283 E 284 DO STF, POR ANALOGIA.". (Destaquei). (REsp 1215947/RS Recurso Especial 2010/0184473-5 Rel. Min. Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador T2 – Segunda Turma. Data do Julgamento 19/05/2011. Data da Publicação/Fonte DJe 02/09/2011).

Assim, o cabimento da ação rescisória limita-se à análise exclusiva de ofensa ao artigo 485 do CPC, como se extrai do aresto supra. Para incisiva elucidação, transcrevo posição doutrinária sobre dita limitação como abaixo:

> "Não se admite ação rescisória, sem que se alegue ou se demonstre a ocorrência de uma das hipóteses capituladas no art. 485 do CPC. O elenco de hipóteses do referido art. 485 do CPC é *taxativo*. Em outras palavras, 'as hipóteses que ensejam a rescisão da sentença estão arroladas '*numerus*

> *clausus*' na norma ora comentada. Este rol taxativo não admite ampliação por interpretação analógica ou extensiva'." (Curso de Direito Processual Civil; Vol. 3; Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha; 7ª ed.; Ed. Podivm; 2009; p. 362).

À fl. 646 e verso foi emitida decisão interlocutória para fixação dos pontos controvertidos da demanda, os quais se limitaram aos incisos V e IX, de forma incisiva, e II e VI, com menor referência, todos do artigo 485 do CPC. Nesta ordem, passo a analisar as impugnações.

Artigo 485, V:

O inciso V do citado artigo remete à violação literal de disposição legal para ensejar a rescisão pretendida.

Sobre o tema, trago à colação orientação da melhor doutrina, como adiante:

> "... Logo, a violação a dispositivo de lei há de ser compreendida como ato judicial inserido no julgado de mérito, com afronta direta à norma legal invocada. Assim, para que vingue uma ação rescisória sob esse fundamento, é necessário que haja um preceito legal disciplinando a matéria em julgamento, e a decisão tenha ocorrido com violação direta ao comando nele contido, isto é, tem que estar extreme de dúvidas de que a violação foi perpetrada de maneira contrária ao preceituado pelo legislador.". (Ação Rescisória nos Tribunais; José Edvaldo Albuquerque Lima; Leme/SP; 3ª edição; Mundo Jurídico Editora; 2008; pp. 60/61).

Depreende-se, então, que a violação arguida deve se ater a qualquer norma que discipline a matéria em julgamento, embora não haja necessidade de que o preceito violado figure, expressa ou implicitamente, na sentença rescindenda.

No caso, alega a autora que a sentença violou disposição contida no decreto-lei nº 58 de 10 de dezembro de 1937, no decreto-lei nº 745 de 07 de agosto de 1969, além de contrariar determinações existentes na lei nº 8.078/90 (Código do Consumidor) e na própria Constituição Federal por transgredir o inciso LV do artigo 5º da Carta Magna quanto ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

Com relação aos decretos acima mencionados, cabe destacar que o decreto-lei nº 745/69 trata de alteração referente ao artigo 22 do decreto-lei nº 58/37.

Por sua vez o decreto-lei nº 58/37 dispõe sobre o loteamento e a venda de terrenos para pagamento em prestações.

Como discriminado pela nobre representante do Ministério Público em seu alentado parecer, o decreto mencionado rege contratos para aquisição de terrenos loteados mediante pagamento em prestações. O imóvel discutido na ação original trata-se de imóvel individualizado por matrícula própria no Cartório de Registro, com negociação prevista na lei civil, o que, segundo o parecer, afasta a aplicabilidade dos decretos mencionados.

Infere-se, então, da colocação supra, que o decreto-lei mencionado só teria

aplicabilidade ao contrato discutido se o terreno onde está edificado o imóvel houvesse sido desmembrado de terras loteadas, o que não acontece na espécie.

Ora, o que se observa é que a legislação invocada pela sentença para fundamentá-la são os artigos 474 e 475 do Código Civil. Ou seja, os preceitos legais que disciplinam a matéria em julgamento (rescisão contratual e inadimplemento) são os procedimentos contidos nos artigos 474 e 475 da lei civil.

Ressalto que a própria autora reconhece os fundamentos da sentença que pretende rescindir, quando expressa na inicial "... que o art. 474, do novo Código Civil, transcrito em sua sentença pela douta julgadora...". (fl. 09, parágrafo 9º).

Pela exposição doutrinária acima reproduzida, para que se vingue a ação rescisória com fundamento no inciso V do artigo 485 do CPC, necessário que a violação literal incidisse nos comandos contidos nos artigos citados do diploma legal civil.

Assim, por não ter havido aplicabilidade do decreto-lei referido à causa em questão, como bem frisou o parecer ministerial, não há como reconhecer violação que justifique a interposição da demanda rescisória sob tal fundamento.

Ademais, destaco a pretensão da autora quanto ao seu arrazoado, quando afirma: "Como ficou claramente demonstrado, o contrato violou o inciso V, do art. 485, do CPC, não carecendo de melhor prova para constatação deste fato." - fl. 07, parágrafo 11º; e ainda "Como se vê, as cláusulas 3. e 3.1 e as demais indicadas são nulas '*pleno jure*', por violarem formalidade legal e jurisprudencial" - fl. 09, parágrafo 8º. (destaquei).

Ora, quem deve apresentar contrariedade ao artigo 485, V, do CPC, para ensejar a demanda rescisória é a sentença rescindenda, e não o contrato. Se a avença violou artigos de lei, ou apresentou nulidade de cláusulas, caberia suscitação à época e na forma apropriada, o que não se verifica na análise da reconvenção e da contestação – vide fls. 99/102 e 107/111, não mais se prestando à discussão neste procedimento, que possui limitação legal taxativa, como explanado alhures.

Da mesma forma, ainda como dissertado no alentado parecer ministerial, inexiste aplicabilidade do código consumerista à matéria em julgamento, posto que não restou demonstrado que os vendedores do imóvel pratiquem habitualmente atos que caracterizem negócios imobiliários, não se constituindo, portanto, em fornecedor, como dispõe o artigo 3º do mesmo diploma legal.

Também a negociação havida não caracteriza a compradora, aqui autora, como destinatária final nos termos do artigo 2º do Código do Consumidor.

Eventual nulidade de cláusula do contrato aqui discutido, ajustada sob o pálio da Lei nº 8.078/90, deveria, à época própria, ter sido suscitada, o que não se verifica nas peças de reconvenção e contestação já mencionadas. Reprise-se que a ação rescisória possui objeto limitado pelo art. 485 do CPC, de maneira taxativa.

Quanto à alegada violação de texto constitucional sobre o direito à ampla defesa e o contraditório – art. 5º, inciso LV da Carta Magna, entendo, mais uma vez, não caber razão à autora.

A autora fundamenta tal alegação argumentando unicamente que "... se

pretendia indeferir a produção de prova requerida, a MM Juíza deveria ter fundamentado a sua decisão...” - fl. 13 parágrafo 10º.

Entretanto, por simples leitura da sentença, observa-se que não consta o indeferimento alegado, não havendo razão para a fundamentação exigida.

Restou claro, pela análise dos autos, que a autora teve a seu favor todos os prazos possíveis e condições legais para operacionalizar sua defesa, o que efetivamente realizou, como comprovam as cópias acostadas da reconvenção (fls. 99/102), da contestação (fls. 107/111) e do recurso apelatório (fls. 256/258 e 259/261).

Na verdade, como descrito no acórdão emitido pela 3ª Câmara Cível, as peças foram “sofríveis”, operando em prejuízo dela, autora.

Artigo 485, IX:

O inciso IX do artigo 485 do CPC prevê a rescisão da sentença que tiver sido “fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa”.

A própria lei citada, em seu parágrafo 1º, esclarece a ocorrência de erro quando a sentença admite fato inexistente, ou considera inexistente fato ocorrido.

No caso em comento, a autora alega a existência de erro resultante de atos da causa, porquanto considera que a sentença admitiu sua constituição em mora quando, segundo ela, autora, faltou a devida interpelação para tal.

Como visto, o contrato fora rescindindo com base na lei civil comum, e, mantendo-se a fundamentação da sentença quanto ao artigo 474 do Código Civil, deve ser considerado o acerto da decisão, que analisou e enfrentou a questão sobre a mora da devedora.

Com efeito, a sentença reproduziu literalmente o texto normativo do artigo 474 do CC, extraindo, então, interpretação aplicável à espécie quando considerou cláusula resolutiva expressa a avença que previa termo para adimplemento das obrigações.

A previsão expressa do prazo para pagamento das parcelas remete, por sua vez, à aplicação do artigo 397 do mesmo Código Civil, o qual estabelece que “o inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui de pleno direito em mora o devedor”.

Ainda quanto ao artigo 397 do CC pátrio, observe-se que o seu único parágrafo esclarece que a omissão de cláusula resolutiva expressa quanto ao termo da obrigação é que autoriza a interpelação, judicial ou extrajudicial, para constituição em mora.

A doutrina orienta quanto às espécies de mora decorrentes da inadimplência. Veja-se adiante:

> “Mora ‘*ex re*’: Ter-se-á ‘*mora ex re’* se a mora do devedor decorrer de lei, resultando do próprio fato do descumprimento da obrigação, positiva ou líquida, independendo de provocação do credor, ante a aplicação da regra ‘*interpellat pro homine’*, ou seja, o termo interpela em lugar do credor, pois a ‘*lex’* ou o ‘*dies’* assumirão o papel de intimação. Mora ‘*ex persona*’: Configurar-se-á ‘*mora ex persona’* se não houver estipulação de prazo ou

> termo certo para a execução da obrigação, sendo, então, imprescindível que o credor constitua o devedor em mora, cientificando-o formalmente de sua inadimplência, mediante interpelação judicial ou extrajudicial." (Código Civil Anotado; Maria Helena Diniz; 14ª ed.; Editora Saraiva; São Paulo; p. 345).

Neste caso, constata-se que a cláusula 2.1 do contrato previa como data de pagamento da obrigação "o último dia útil de cada mês", além de estabelecer, na cláusula 3, o prazo de trinta (30) dias para quitação de eventual débito, sob pena de rescisão da avença.

Neste sentido reproduzo abaixo interessante comentário doutrinário quanto à interpretação do artigo 474 do CC:

> "Cláusula resolutiva expressa. Os contratantes podem ajustar cláusula resolutiva, expressamente, para reforçar o efeito da condição, de tal forma que a inexecução da prestação por qualquer um deles importe na rescisão do contrato de pleno direito, sujeito o faltoso às perdas e danos, sem necessidade de interpelação judicial.". (Código Civil Anotado; Maria Helena Diniz; 14ª ed.; Editora Saraiva; São Paulo; p. 395).

Portanto, havendo inadimplência, patente a ocorrência de '*mora ex re*', inviabilizando argumentação sobre erro de fato da decisão rescindenda.

Ademais, para que o erro de fato dê causa à rescindibilidade da sentença é imprescindível que não tenha havido pronunciamento judicial sobre o fato. Neste sentido, reproduzo abaixo recente julgado da Corte Superior de Justiça:

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. FUNDAMENTAÇÃO. AUSENTE. DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. INOCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE CONTROVÉRSIA E DE PRONUNCIAMENTO JUDICIAL. SÚMULA 7/STJ. RECURSO ADESIVO. APRECIAÇÃO CONDICIONADA AO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. ADESIVO PREJUDICADO. 1. […]; 2. […]; 3. Para a caracterização de erro de fato que autorize a propositura da ação rescisória, é necessário que: a decisão rescindenda considere existente fato não ocorrido, ou não existente fato ocorrido; a questão seja incontroversa no processo originário e sobre ela não haja pronunciamento judicial; ela tenha influído decisivamente na decisão rescindenda. 4. […]; 5. […]; 6. […]; 7. Recurso especial parcialmente conhecido e nessa parte não provido. Recurso adesivo prejudicado.". (Destaquei). (REsp 1066182/MS Recurso Especial 2008/0130083-9 Rel. Min. Nancy Andrighi Órgão Julgador 3ª TURMA Julg. 28/06/2011 Fonte DJe 01/08/2011).

Como explanado até o momento, a fundamentação da sentença incluiu o artigo 474 do Código Civil acerca da cláusula resolutiva que expressava o termo da

obrigação, aduzindo literalmente: "Vale ainda constatar que a presente ação é plenamente cabível e, em restando comprovada a inadimplência das compromissárias, o contrato, por força de sua cláusula 3ª, estará rescindido de pleno direito, independentemente de interpelação judicial conforme determina o artigo 474 do Código Civil". (Destaquei).

Tal análise engloba a inadimplência da devedora, aqui autora da demanda, e sua consequente mora por conta da desnecessidade de interpelação, como já reconhecido nesta decisão. Entendo, assim, que o pronunciamento judicial, como acima colocado, inviabiliza a discussão sobre erro de fato a teor da orientação jurisprudencial da Corte Superior de Justiça acima reproduzido.

Artigo 485, II:

Discorre o inciso que, para ensejar a demanda rescisória, necessário que a sentença tenha sido "proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente".

Neste sentido, nada foi arguido pela autora, havendo mera especulação sobre eventual falha ou omissão por parte da magistrada. Para tanto, especifica no parágrafo 7º da fl. 11: "A ilustre judicante, *data vênia*, claudicou, em sua r. decisão, quando deixou de observar as ilegalidades do Contrato e a falta de atendimento das formalidades legais pelos autores, para viabilizar a propositura da ação – como amplamente demonstrado linhas acima." (?).

Embora tenha teorizado quanto à possível falta por parte da gestora do processo original, a autora nada alegou em relação a qualquer impedimento ou incompetência absoluta que justifique a pretensão de rescindir a sentença prolatada.

Artigo 485, VI:

Refere-se o inciso VI do artigo 485 do CPC à produção falsa de prova para fundamentar a sentença que se pretende rescindir. Esclarece ainda o inciso que a falsidade deve ser apurada em processo criminal ou comprovada na própria ação rescisória.

Neste tocante, alude a autora que os documentos cujas cópias se inserem às fls. 136/144 são falsos, pois contradizem o documento de fls. 194/195 quanto a valores repassados pelos SUS e quanto à informação sobre o destinatário da verba.

Esclareço que a numeração a que se refere a autora é do processo original, equivalentes, nestes autos, às fls. 174/182, às quais devem ser acrescidas as fls. 171/173 para complementarem o período relatado como de recebimento do numerário, e às fls. 235/236.

Em que pese a argumentação sobre a diferenciação de valores ou quanto ao destino do repasse, a autora não cuidou de atender à exigência do inciso VI do artigo 485 do CPC para viabilizar a rescisão pretendida, quanto à comprovação do alegado.

Não há notícia de que a falsidade da prova tenha sido apurada em processo criminal, nem que, nestes autos de ação rescisória, tenha sido apresentada qualquer comprovação quanto à aludida falsidade.

Observe-se que na fase instrutória houve desistência da autora em prosseguir com os depoimentos requeridos alegando, dentre outras considerações, a

impossibilidade de apresentar as testemunhas em juízo – vide fl. 673.

Por outro lado, para acarretar a rescisão é imprescindível que a prova tida como falsa tenha fundamentado a sentença de forma que sua inexistência provoque alteração radical da decisão rescindenda.

Veja-se, por oportuno, julgado da Corte superior neste sentido:

> "Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA. PRAZO DECADENCIAL. ART. 495 DO CPC. CITAÇÃO. DEMORA. SÚMULA 106/STJ. NÃO OCORRÊNCIA. APOSENTADORIA POR IDADE. RURÍCOLA. PROVA TESTEMUNHAL. ALEGAÇÃO. FALSIDADE. ART. 485, INCISO VI, DO CPC. ACÓRDÃO RESCINDENDO. MANUTENÇÃO. FUNDAMENTO DIVERSO INDEPENDENTE. PEDIDO IMPROCEDENTE.
> I - […]; II - […]; III - […]; IV - A rescisão de julgado com base em falsidade de prova deve considerar o nexo entre essa prova e a decisão, bem como se remanesce fundamento diverso independente a subsidiar o v. Acórdão rescindendo. (Precedentes e doutrina). V - '*In casu*', a alegação de falsidade da prova testemunhal não tem o condão de abalar o v. acórdão rescindendo, uma vez que baseado em outras provas (certidão de casamento). Pedido rescisório improcedente." (AR 3553/SP; Ação rescisória 2006/0096488-0; Rel. Min. Félix Fischer; Revisor Min. Arnaldo Esteves Lima; Órgão Julgador S3 – Terceira Seção; Julg. 10/03/2010; Fonte DJe 06/04/2010).

Assim, deve a prova refutada ser o fundamento principal da decisão para justificar a desconstituição da sentença, além de, mesmo comprovada a falsidade, não prevalece se existirem outros fundamentos aptos à sua manutenção.

No caso em análise, restou comprovado que o fundamento da decisão que se pretende rescindir foi a inadimplência do contrato, com suporte jurídico no artigo 474 do Código Civil, sem guardar qualquer vinculação com os documentos que a autora apregoa como falsos.

Portanto, mesmo que, hipoteticamente, os documentos relacionados restassem comprovadamente falsos, não se prestariam a embasar a demanda rescisória ante a existência de fundamentação diversa (inadimplemento) a justificar a manutenção da sentença rescindenda.

Conclui-se, então, que não restaram comprovadas as hipóteses arguidas pela autora para ensejar a rescisão da sentença.

Por derradeiro, atento, ainda, ao nobre parecer da representante do Ministério Público, destaco opinião sobre a pretendida devolução dos valores pagos pela autora.

No último parágrafo da fl. 07 a autora manifesta-se sobre a mencionada devolução alegando ter constado na apresentação da reconvenção e da contestação sem que a magistrada tenha apreciado o pleito em sua decisão. Embora tenha considerado tal omissão contrária à jurisprudência e à lei, a autora não mais se reportou ao assunto, sem indicar lei ou jurisprudência sobre as quais incidiu a contrariedade relatada.

Contrariando a alegação acima mencionada, em análise criteriosa das peças indicadas, não se verifica qualquer pedido que especifique a devolução do numerário.

Ademais, como bem detalhado pelo parecer da nobre Procuradora de Justiça, o contrato estabeleceu cláusula penal para resolução da questão. De qualquer modo, é incabível a apreciação da insurgência no presente procedimento rescisório, que possui estreita limitação quanto aos fundamentos que ensejam a prescrição da sentença a teor do artigo 485 do CPC, como já exaustivamente esclarecido.

Por outro lado, o que se extrai de todo o arrazoado da autora é a pretensão de revisar cláusulas contratuais, bem como sua legalidade, com nova apreciação das condições ali estabelecidas e das provas evidenciadas na ação original que fundamentaram a sentença de primeiro grau.

Como destacado no mesmo parecer, não cabe transformar a ação rescisória em sucedâneo recursal, posto que a demanda, de caráter especial, deve-se voltar contra a decisão de mérito transitada em julgado, quando presente pelo menos uma das hipóteses taxativas do artigo 485 do CPC.

Deixo de apreciar a petição final da autora, que contraria o parecer ministerial, por reproduzir as mesmas argumentações da demanda, aqui decididas.

Portanto, por tudo quanto aqui restou exposto, e em consonância com o disposto no parecer do Ministério Público, JULGO IMPROCEDENTE a ação rescisória por não constatar nenhuma das hipóteses do artigo 485 do CPC trazidas à análise no bojo dos autos, e o faço com esteio no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 29 de Novembro de 2011.

Jurisprudência Criminal

Apelação CRIME

PROCESSO Nº: 1036-56.2005.8.06.0100/1
APELAÇÃO CRIMINAL – VARA ÚNICA DA COMARCA DE ITAPAJÉ
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: CARLOS EDUARDO DA CRUZ MESQUITA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL, APELAÇÃO MINISTERIAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. TESE DA ACUSAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie, vez que o acervo probatório possui elementos que sustentam a tese acatada.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em 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 pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, ”d”, do Código de Processo Penal, contra a sentença que ABSOLVEU o réu Carlos Eduardo da Cruz Mesquita da acusação de tentativa de homicídio, alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua absolvição.

Aduz o apelante que não existem nos autos quaisquer provas que se coadunem com a tese acolhida, e que estaria clara a ocorrência da tentativa de

homicídio, bem como sua autoria, por isso a decisão dos jurados teria sido arbitrária, manifestamente distorcida dos elementos de convicção coligidos, requerendo, assim, a anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa pugnou pelo improvimento do apelo.

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 147/151).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que ABSOLVEU o réu Carlos Eduardo da Cruz Mesquita da acusação de tentativa de homicídio, alegando que a decisão dos jurados teria acolhido tese manifestamente contrária à prova dos autos.

Aduz o apelante que não existem nos autos quaisquer provas que se coadunem com a tese acolhida, e que estaria clara a ocorrência da tentativa de homicídio, bem como sua autoria, por isso a decisão dos jurados teria sido arbitrária, manifestamente distorcida dos elementos de convicção coligidos, requerendo, assim, a anulação do julgamento do Tribunal do Júri.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*:

> Art. 5º …
> XXXVIII – é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados:
> …
> c) a soberania dos veredictos;

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
> I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie.
> II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)

> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL.
> 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE).
> 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Analisando-se, acuradamente, os autos, constata-se que a versão acolhida pelos jurados, qual seja, a de que o réu não cometeu o crime de homicídio tentado, apresenta-se verossimilhante, encontrando apoio no acervo probatório.

Ora, o simples fato de não ter o Conselho de Sentença acatado a tese de acusação, não quer dizer que a decisão foi contra a prova dos autos.

No caso em tela, foram apresentadas duas versões dos fatos, sendo uma a que o réu jamais praticou o fato a ele imputado, e a outra a de que tentou contra a vida da suposta vítima. E aquela primeira foi a escolhida pelos jurados, que assim se convenceram com base nos elementos de prova constantes nos autos.

Se essa tese é a mais acertada, não nos cabe analisar, em virtude da soberania dos vereditos. A esta Corte cabe, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença. E na hipótese, encontra sim amparo na prova coligida a versão acolhida pelos jurados. Vejamos:

O acusado, em seu interrogatório em plenário afirmou (fls. 119):

> (…) Que na noite em que se reporta a denúncia, retornava da casa de seus genitores e ao se aproximar do clube AABB, encontrou a vítima com uma turma de amigos bebendo em uma calçada, que foi chamado pela vítima

> tendo esta lhe pedido um cigarro, que não foi possível atender o pedido da vítima porque não tinha cigarros, em seguida procurou deixar o local, quando já ia saindo recebeu uma lesão a altura do tórax, ficando noventa dias fora de suas atividades (…) que desconhece as armas do crime a exemplo do revólver calibre trinta e oito, que nunca viu tal objeto, que naquela noite não andava armado (…).

Ademais, o laudo pericial da arma apontada como objeto do crime (fls. 29/32) confirmou que "dita arma, na época dos exames, encontrava-se apta para efetuar disparos, podendo ser usada com eficiência e até mesmo ofender a integridade física de alguém". A vítima afirma que o acusado tentou por diversas vezes efetuar os disparos contra a sua pessoa, contudo a arma não teria funcionado. Assim, o que se evidencia é a inconsistência do depoimento da vítima, não encontrando respaldo a alegação de julgamento contrário à prova dos autos.

Também a testemunha ocular Elisamara Alves Pinto afirmou, às fls. 25:

> (…) Que em um determinado momento, a depoente notou a pessoa de "XIXE" correndo, sendo perseguido por GLAYDSTON e pela pessoa de MAURO; Que GLAYDSTON estava com uma faca nas mãos; Que "XIXE" tinha alguma coisa nas mãos, contudo, a depoente não pode perceber, que MAURO tentava separar os dois indivíduos; Que "XIXE" pediu a GLAYDSTON que não fizesse nada com ele, pois queria apenas ir para sua casa; Que no momento em que "XIXE" virou as costas, GLAYDSTON pulou sobre o mesmo; Que "XIXE" pediu que GLAYDSTON o soltasse; Que nesse momento, GLAYDSTON esfaqueou "XIXE"; Que a depoente diz que "XIXE" apenas gritava: "ai ai ai"; Que "XIXE" correu, lesionado, em direção ao bairro Bela Vista; Que GLAYDSTON ficou no local, segurando um revólver e a faca, apenas rindo (…).

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.
> Nesse sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:
> Ementa: TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA. I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte

> do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito; II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz "As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja exercida pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento**,** em 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. 1162-76.2007.8.06.0055/1 - Canindé-CE
APELANTE: Ministério Público Estadual
APELADO: Anderson Bezerra de Sousa
APELADO: Francisco Magno Maciel Silva
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS, NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *ERROR IN PROCEDENDO* NO CÁLCULO DA DOSIMETRIA DA PENA, DA FIXAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E DA APLICAÇÃO DO DIA-MULTA. PROVIMENTO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO QUE SE FAZ IMPERIOSA ANTE A INTELIGÊNCIA DO ART. 115 DO CP. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA, PRESCRIÇÃO DE OFÍCIO

I – Condenados por roubo qualificado pelo uso de arma e concurso de pessoas, na forma tentada, o representante do Ministério Público aponta a inobservância do sistema trifásico do art. 68 do Código Penal e ausência de fundamentação na fixação da pena-base, além da aplicação do regime prisional em desacordo com o art. 33, § 2º, do Código Penal, e, por fim, alega que a pena pecuniária fora estabelecida aquém do mínimo legal..

II – Reconhecidos os equívocos apontados pelo Ministério Público, a sentença é reformada quanto ao cálculo da dosimetria da pena, o estabelecimento do regime prisional e a aplicação do dia-multa..

III – Ficam reduzidos de metade os prazos prescricionais, quando, ao tempo do fato delituosos o criminoso era menor de 21 (vinte e um) anos de idade, consoante art. 115 do CP. Ultrapassados mais de 04 (quatro) anos da data da sentença, o feito se acha atingido pela prescrição, (art. 117, IV, CP). Observada a ocorrência da prescrição, deve o magistrado, em qualquer fase do processo, declarar a extinção da punibilidade, nos termos do art. 61 do CPP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 1162-76.2007.8.06.0055/1, da Comarca de Canindé, 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 dar provimento ao recurso de apelação, para reformar a sentença quanto à dosimetria da pena, ao regime prisional e à fixação do dia-multa e declarar a extinção da punibilidade dos réus pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra Anderson Bezerra de Sousa e Francisco Magno Maciel Silva, em que pede sejam estes condenados nas reprimendas do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Narrou-se na exordial (fl. 02 a 04) que, por volta das 20 horas do dia 23 de maio de 2007, na rua Manoel Santos Lessa, no centro do Município de Canindé, os réus, utilizando-se de uma faca, tentaram subtrair um aparelho celular de Maria Idenir, que ao perceber o intento dos acusados, refugiou-se na casa de uma vizinha.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, o juiz *a quo* considerou procedente a denúncia para condenar os réus como incursos nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 14, inciso II, do Código Penal, à pena de 3 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 60 (sessenta) dias-multa no valor de 1% do salário mínimo, a ser cumprida em regime inicialmente fechado. (fls. 80 a 83).

Inconformado com o *decisum*, o representante do Ministério Público interpôs recurso de apelação alegando ausência de fundamentação na aplicação da pena base e do regime prisional, além de *error in procedendo* quanto à fixação da pena definitiva em inobservância ao art. 68 do Código Penal, bem como do dia multa aquém do mínimo legal. (fls. 84 a 89).

Chamado às contrarrazões, a defesa de Anderson Bezerra de Sousa, às fls. 90 a 95, é pela procedência da apelação, ao passo que o advogado de Francisco Magno Maciel Silva, às fls. 97 e 98, roga pelo improvimento das razões recursais.

Ouvida, a Procuradoria de Justiça opinou pela reforma da decisão combatida no que concerne à fundamentação da aplicação da pena base e do regime prisional, estabelecido fora dos limites legais, bem como adequação do cálculo da dosimetria da pena e correta fixação da pena pecuniária em conformidade com os ditames legais. (fls. 108 a 112).

É o relatório. Passo a votar.

Recurso tempestivo, não havendo qualquer questão impeditiva ou extintiva do direito de recorrer.

Verifica-se que o recurso em questão busca reformar a sentença no tocante à ausência de fundamentação da pena-base, assim como à correta aplicação do sistema trifásico para a fixação da pena, além da adequada adoção do regime prisional e da multa pecuniária.

Sendo a fixação da pena matéria de ordem pública, pode o Tribunal, em sede de apelação, corrigi-la, sem que isso caracterize a hipótese de supressão de instância. Ressalte-se que "*a dosagem da pena é matéria de ordem pública e, como tal, admite correção mesmo de ofício."* (APR nº 20040310108080, 1ª Turma Criminal, Relator Desembargador Edson Alfredo Smaniotto).

Analisando a sentença combatida, verificamos que assiste absoluta razão ao representante do *parquet,* primeiramente, no que diz respeito à ausência de motivação na aplicação da pena-base. Ao limitar-se a registrar as condutas dos réus, o juízo *a quo* viola o preceito constitucional do inciso IX, do art. 93 da Carta Magna, que determina sejam fundamentadas todas as decisões do Poder Judiciário, sob pena de se tornar inválida a decisão, conforme corrobora entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> "***HABEAS CORPUS*. SENTENÇA CONDENATÓRIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇAO NA DOSIMETRIA DA PENA APLICADA. ORDEM CONCEDIDA.**

> 1. Na dosimetria da pena, a fundamentação pelo magistrado há de ser concreta e específica, com indicação dos elementos justificadores de sua conclusão.
> 2. Na tentativa, o *quantum* utilizado para diminuição da pena deve ser, por igual, fundamentada, atentando-se o juiz para o *iter criminis* percorrido.
> 3. Ordem parcialmente concedida para cassar o acórdão objurgado, anulando a sentença monocrática, a fim de que outra seja proferida observando a fundamentação adequada na dosimetria da pena, mantida a condenação do paciente. (*HABEAS CORPUS* Nº 37.408 - MS 2004/0109582-0, Relator: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, 03/04/06).

Vemos, ainda, por meio da certidão de fl. 79, que os réus, à época do fato, eram primários, apesar de Anderson Bezerra de Sousa responder pelos delitos de lesão corporal, porte ilegal de arma e tentativa de roubo e Francisco Magno Maciel da Silva, conforme comprovado à fl. 65, figurar em processos que apuram crime de furto, demonstrando, com isso, personalidades voltadas desde a menoridade para a prática de diversos delitos.

Diante da comprovação da intenção dos agentes em praticar o delito a que ora respondem, de suas censuráveis condutas e personalidades reprováveis, e ainda, em razão de o presente delito não haver resultado em dano de maior monta, mantenho a pena base pelo mínimo legal de quatro anos de reclusão.

Assiste, ainda, razão ao *parquet* ao apontar o desacerto na aplicação do *quantum* da pena. Tal procedimento deve obedecer à exigência legal que determina seja a pena submetida a três fases, sendo a primeira a fixação da pena-base, levando-se em conta os fatores relacionados art. 59 do mesmo Diploma Legal. Na segunda operação, deverão ser examinadas as circunstâncias atenuantes e agravantes que incidirão sobre a pena previamente estabelecida, e por fim, serão apreciadas as causas especiais de diminuição e de aumento da pena, aplicadas sobre o resultado a que se chegou na segunda fase.

Ao fazer incidir na pena base primeiramente a causa de aumento do art. 157 do Código Penal para só então reduzi-la por força da atenuante do art. 14, II, do mesmo Diploma Legal, o magistrado de 1ª instância inverte o que está determinado no art. 68, *caput,* do Código Penal.

Destarte, tomando-se a pena-base de quatro anos, deixo de aplicar a atenuante referente à idade inferior a 21 anos dos réus, prevista no art. 65, inciso I, do Código Penal, por estar a pena fixada no mínimo legal, em conformidade com o entendimento sumulado do STJ acerca da matéria:

> "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".
> **Súmula nº 231** - 22/09/1999 - DJ 15.10.1999

Empós, faço incidir a causa de diminuição ínsita no art. 14, inciso II, do Código Penal, por haver o crime se dado em sua forma tentada, reduzindo em um terço

a pena de quatro anos para dois anos e oito meses, majorando-a em um terço, em razão do emprego de arma e concurso de agentes, previstos no § 2º, incisos I e II, do art. 157, do Código Penal, perfazendo, dessa forma, o total de três anos e seis meses de reclusão. Ainda em obediência aos ditames legais, corrijo a designação do regime de cumprimento da pena de fechado para o aberto, por força do art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Quanto à fixação da multa, vemos que o magistrado, equivocadamente, fixa o dia multa em 1% do salário mínimo, quando o §1º, do art. 49, do Código Penal, determina que "o *valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário***".** Assim, reformo a decisão também no tocante ao valor do dia-multa para fixá-la em 10 (dez) dias-multa no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo.

Cabe, no entanto, em razão de se tratar de matéria de ordem pública, observar que a incorreção quanto ao cálculo da dosimetria da pena, bem como à fixação do regime prisional e à aplicação da multa, não ocasionaram prejuízo para os réus, uma vez que se verifica, no caso em tela, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na modalidade superveniente, pois, uma vez que os réus, à época do fato delituoso, contavam com menos de 21 (vinte e um) anos de idade, reduz-se pela metade o prazo prescricional, conforme regra do art. 115 do Código Penal, que seria de 8 (oito) anos, determinado pelo art. 109, IV, do Código Penal, passando-se a contar o dito prazo em 4 (quatro) anos.

Vejamos, ainda, entendimento do Supremo Tribunal Federal:

> STF: "Tratando-se de prescrição superveniente à sentença condenatória, seu reconhecimento alcança e rescinde não só a decisão, mas, também, toda a ação penal, retornando o acusado à condição de primário, excluído seu nome do rol dos culpados" (RT 644/377).

Assim, sendo 20 de setembro de 2007 a data da publicação da sentença, último marco interruptivo da prescrição, vê-se, quando do julgamento do recurso de apelação, ultrapassado o prazo legal para que o Estado exerça seu "*jus puniendi",* devendo ser decretada *ex officio* a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, em observância ao art. 61, do Código de Processo Penal.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso de apelação, reformando a sentença quanto à dosimetria da pena, à determinação do regime prisional e à aplicação da multa pecuniária, e decreta-se a extinção da punibilidade, *ex officio*, pela prescrição da pretensão punitiva, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 07 de maio de 2012.

PROCESSO N°:11635-34.2003.8.06.0000/1
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: JUÍZO DA 6ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
APELANTES: JOACEMA MARIA SARAIVA DE SOUZA CARVALHO E
FABIANO SOUZA DO NASCIMENTO
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. HOMICÍDIO SIMPLES. PRELIMINAR DE NULIDADE DA RESCONSTITUIÇÃO DO CRIME, DA PEÇA DELATÓRIA E CONTRADIÇÃO NA QUESITAÇÃO. NO MÉRITO PEDEM NOVO JULGAMENTO, A PRETEXTO DO OUTRO CONTRARIAR A PROVA, SUPLICANDO NEGATIVAS DE AUTORIA. INOCORRÊNCIA, DIANTE DA PROVA TESTEMUNHAL E TÉCNICO-CIENTÍFICA. APELOS CONHECIDOS, PORÉM IMPROVIDOS.

1. Preliminarmente, sustenta a defesa que as supostas irregularidades teriam início na fase investigativa, entendendo que a prova foi direcionada. Verbera, ainda, que a ausência do agente ministerial maculou a reconstituição do crime. Por derradeiro, pugna pelas eivas da exordial acusatória, a pretexto de carência dos requisitos do art.41 do CPP, e da quesitação, por considerar contraditórias as respostas, pois não foram proferidas unanimemente.

2. Quanto à assertiva de que houve direcionamento do procedimento administrativo, filio-me ao entendimento do Tribunal da Cidadania, dispondo que eventuais irregularidades ocorridas na investigação, dada a natureza inquisitiva do Inquérito Policial, não, necessariamente, contaminam a ação penal.

3. No que tange à peça delatória não conter os requisitos do art.41 do CPP, é entendimento uníssono de que possível o oferecimento de denúncia geral quando uma mesma conduta é imputada a todos os acusados, e, apesar da aparente unidade de desígnios, não se tem como pormenorizar a ação de cada um dos agentes delituosos. Precedentes do STJ. Nos crimes realizados em concurso de pessoas, é dispensável a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada uma, necessitando-se apenas da narrativa das condutas típicas e da suposta autoria, como elementos suficientes para o exercício do contraditório e da ampla defesa.

4. Em relação à ausência do Promotor de Justiça na reconstituição do delito, não constatei nenhuma nulidade na produção da prova, eis que de

interesse do órgão acusador e não da defesa acompanhar tal diligência. Há de ser aplicado o brocardo *"Pas de Nullité Sans Grief",* a teor do art.563 da Lei de ritos penais, a significar que nenhum ato poderá ser declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

5. No que concerne à contradição na quesitação por inexistência de maioria nas respostas, há de ser constatada a preclusão. Inteligência do art.571, inciso VIII, da Lei Adjetiva Penal, a estabelecer que as nulidades do julgamento em plenário deverão ser arguidas logo depois de ocorrerem.

6. No mérito, emerge prova evidente e contrária às versões defensivas, o que afasta definitivamente as teses negatórias de autoria. Demais disso, os laudos elaborados pelos *experts* rechaçam de forma cristalina o álibi de que a vítima teria se suicidado.

7. Decisão dos jurados em sintonia com o probatório, máxime a colheita testemunhal e o exame técnico-científico.

8. É cediço que havendo plausibilidade na tese escolhida pelo colegiado leigo, *in casu* a acusatória, há de ser confirmado seu *decisum*, em face da norma fundamental de soberania das decisões do Tribunal do Povo.

9. Inocorrência de julgamento contrário à prova. Apelos defensivos improvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 11635-34.2003.8.06.0000/1, oriundos do Juízo da 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE, em que figuram como apelantes e apelado, respectivamente, Fabiano Souza do Nascimento, Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho e a Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos, para rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito, negar-lhes provimento, mantendo a decisão soberana do Cenáculo Popular intacta, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público oficiante na 6ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE denunciou(fls.03/06) Fabiano Souza do Nascimento, Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho, Ana Lúcia Alcântara Perote, e José Auricélio Alcântara Perote, qualificados nos autos, como incursos no artigo 121, § 2º, inciso IV e art.211, c/c art.69, todos do CPB, acusando-os de no dia 15 de novembro de 1996, cerca de 19 horas, na rua Otacílio Carneiro, 101, bairro Jardim Iracema, em concurso de desígnios com a

co-ré e esposa da vítima, Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho, ceifar a vida de Eliezer Silva de Carvalho, utilizando-se de violência perpetrada por estrangulamento, conforme atesta o Laudo Cadavérico (fl.10).

Ultrapassada a instrução processual, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, foram impronunciados Ana Lúcia Alcântara Perote, José Auricélio Alcântara Perote, e pronunciados(fls.347/356) nas sanções do art.121, parágrafo 2°, inciso IV, da lei repressiva pátria, os ora apelantes, Fabiano Souza do Nascimento e Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho.

Recurso em Sentido Estrito(fls.367/390), improvido por esta Corte de Justiça, por unanimidade(fls.426/430).

Submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença desclassificou o delito de excídio qualificado para homicídio simples, rechaçando, portanto, a qualificadora de uso de meio que dificultou a defesa do ofendido, reconhecendo a atenuante genérica da menoridade em relação ao acusado Fabiano Souza do Nascimento, findando este condenado à pena de 06(seis) anos de reclusão, em regime inicialmente semi aberto, e Joacema Maria Saraiva de Souza à sanção de 07(sete) anos de reclusão, também, em regime semi aberto(fl.470).

Recursos defensivos(fls.476/483 e 494/498), com esteio no art.593, III, "d", do CPP, eis que em divergência com a busca da verdade real. A supostas irregularidades teriam começado no feito ainda no fase investigativa pela existência de prova direcionada. Arguem, também, nulidades na reconstituição do crime, na peça delatória(ausência dos requisitos do art.41 do CPP), ainda verberando o equívoco dos juízes laicos ao reconhecer as autorias por maioria e não unanimidade, pugnando, consequentemente, pela anulação do julgamento.

Contrarrazões ministeriais(fls.485/488 e 499/504), requerendo a confirmação da decisão do colegiado leigo.

Nesta Superior Instância, com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça (fls.513/518), esta emitiu parecer pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade os presentes apelos devem ser conhecidos, por tempestivos e previstos na espécie.

Nos apelatórios, as defesas objetivam ver desconstituído o *veredicto* do Conselho de Sentença, que excluiu a tese de negativa de autoria para ambos incriminados, condenando Fabiano Souza do Nascimento e Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho pela prática de homicídio simples, esta à pena de 07(sete) anos de reclusão, aquele à pena de 06(seis) anos de reclusão, os dois em regime inicial semiaberto.

Narram os autos, que na noite de 15 de novembro de 1996, na rua Otacílio Carneiro n°101, Bairro Jardim Iracema, nesta urbe, em unidade de desígnios e agindo

com *animus necandi,* por meio de estrangulamento, os indigitados assassinaram Eliezer Silva de Carvalho, consoante exame de corpo de delito(fl.10), deliberando o Tribunal do Povo pelas condenações nas penas de homicídio simples (art.121, *caput,* do CPB), consoante exame de corpo de delito (fl.11).

Aduz a defesa em seu arrazoado(fls.478/483) que há nulidade na reconstituição do crime, eis que, no seu entendimento, houve direcionamento na investigação durante o inquisitório, pois o órgão acusador não teria tido ciência da produção do prefalado probante, além da inobservância dos requisitos do art.41 da Lei adjetiva penal, corroborado pelo equívoco dos jurados na resposta dos quesitos, deliberando por maioria e não unanimidade, pugnando, no mérito, por novo julgamento, a pretexto de julgamento contrário à prova acostada.

Ab initio, cumpre-me analisar as nulidades requestadas pela defensoria, o que, a meu sentir, constituem preliminar:

No que concerne às supostas nulidades ainda na fase de procedimento administrativo:

É cediço que o inquérito policial é mero procedimento administrativo, de natureza inquisitiva, em que há uma certa discricionariedade da autoridade policial na realização de diligências para a elucidação do delito, que jamais poderão ser confundidas com arbitrariedade, abuso de poder ou cometimento de ilegalidades. Não se exige, portanto, a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Assim sendo, o art.155 da Lei adjetiva penal, com a redação dada pela Lei n°11.690/08, dispõe que:

> "O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas".

Atento às garantias constitucionais, o direito instrumental veio confirmar o entendimento pacificado de que uma condenação jamais poderia ser proferida sem observância do sacrossanto contraditório e da ampla defesa.

Fique claro que meras irregularidades na fase investigatória não necessariamente contaminam a ação penal, senão vejamos julgado na Corte Uniformizadora da legislação federal:

> "*HABEAS CORPUS.* HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. RECONHECIMENTO PESSOAL NA FASE INQUISITIVA. SUPOSTA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART.226 DO CPP. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. REALIZAÇÃO DE OUTROS 3 RECONHECIMENTOS PESSOAIS NÃO IMPUGNADOS PELA DEFESA. IRREGULARIDADES NA FASE POLICIAL. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO.

> 1. Eventuais irregularidades ocorridas na fase investigatória, dada a natureza inquisitiva do Inquérito Policial, não, necessariamente, contaminam a ação penal.
> 2. *In casu*, feitos 4 reconhecimentos pessoais, apenas um deles foi impugnado pela impetração, cujos vícios apontados não possuem o condão de inquinar de nulidade o ato processual, tampouco a ação penal.
> 3. É de considerar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que suposta inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja nulidade do ato de reconhecimento do paciente em sede policial, caso eventual édito condenatório esteja fundamentado em idôneo conjunto fático probatório, produzido sob o crivo do contraditório, que asseste a autoria do ilícito ao paciente.
>
> RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES DO ART. 226 DO CPP. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. *PÁS DE NULLITÉ SANS GRIEF*. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.
> 1. De acordo com o sistema da instrumentalidade das formas, abertamente adotado pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, não se declara a nulidade do ato sem a demonstração do efetivo prejuízo para a parte em razão da inobservância da formalidade prevista em lei.
> 2. No caso em comento, contudo, a defesa não logrou demonstrar o prejuízo advindo da alegada inobservância das formalidade do art.226 do CPP, até porque feitos outros 3 reconhecimentos pessoais, razão por que não há falar em nulidade e, por consequência, em constrangimento ilegal.
> 3. Ordem denegada". (HC 208.170/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 13/10/2011).

Obvio que os elementos informativos obtidos na fase inquisitorial terão que ser ratificados por ocasião do contraditório e da ampla defesa, sob pena de inviabilizar uma condenação.

Rejeito, destarte, o sofisma defensivo de que houve um direcionamento pelo autoridade policial visando incriminar a ora apelante, por ter sido a reconstituição do crime realizada ao bel prazer da autoridade policial. Não encontrei nos fólios elementos que pudessem macular a reconstituição do delito ora atacada. Na mesma toada, observei que a condenação acostou-se em probante jurisdicionalizado e não apenas a partir do Laudo de Exame de Constatação que os jurados formaram sua convicção íntima para o seu *veredicto*. Não podemos olvidar que o Auto de Exame de Corpo de Delito(fls.10 e fls.10v.) também confirma que a *Causa Mortis* foi de asfixia mecânica compatível com estrangulamento.

Referente ao alegado de que o órgão acusador não teve ciência da realização da reconstituição, há de se reconhecer a aplicação do brocardo *Pás de Nullité Sans Grief* , disposto no art. 563 da Lei de ritos penais, observe-se: "*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa"*.

Ora, de interesse do agente ministerial a produção da prova acusatória e

não da defesa, sendo evidente que a não ciência do *Parquet* para a realização do ato só interessava ao órgão acusador e não à defesa, como tenta fazer crer a indigitada em seu apelatório.

Quanto à suposta inobservância da peça delatória aos requisitos do artigo 41 do CPP, acosto-me a Corte Uniformizadora da Legislação Federal, de que é possível o oferecimento de denúncia genérica, quando uma mesma conduta é imputada a vários agentes, porquanto impossível pormenorizar a conduta de cada um dos agentes no enredo delituoso. Somente quando finda a instrução criminal, sob a guarida do contraditório e da ampla defesa, é que será viável no decreto condenatório estabelecer a responsabilidade criminal de cada um. Isso porque para o oferecimento da exordial acusatória, predomina certa discricionariedade do órgão acusador, bastando-lhe indícios. Em hipótese similar, já se pronunciou o STJ:

> *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO, FALSIDADE IDEOLÓGICA E PREVARICAÇÃO. FRAUDES EM CONCURSO PÚBLICO PARA A SELEÇÃO DE SERVIDORES. DENÚNCIA RECEBIDA. ALEGAÇÃO DE NULIDADES. MINISTÉRIO PÚBLICO. PODERES DE INVESTIGAÇÃO. LEGITIMIDADE. LEI COMPLEMENTAR N.º 75/93. ART. 4.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. QUESTIONAMENTOS SOBRE O PRAZO E A EXTENSÃO DOS DADOS CAPTADOS, SOBRE A INEXISTÊNCIA DE AUTO CIRCUNSTANCIADO E DE TRANSCRIÇÃO DAS CONVERSAS TELEFÔNICAS, BEM COMO SOBRE A ARGUIÇÃO DE QUE AS INTERCEPTAÇÕES TERIAM SIDO REALIZADAS POR PESSOAS DESAUTORIZADAS. MATÉRIAS NÃO EXAMINADAS NO ACÓRDÃO IMPETRADO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. TESE DE QUE AS INTERCEPTAÇÕES TERIAM SIDO ORIGINADAS EXCLUSIVAMENTE A PARTIR DE DENÚNCIAS ANÔNIMAS. IMPROCEDÊNCIA. PRORROGAÇÃO DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXORDIAL ACUSATÓRIA QUE DESCREVE, SATISFATORIAMENTE, AS CONDUTAS, EM TESE, DELITUOSAS. ALEGADO VÍCIO DE PROCEDIMENTO. NULIDADE NÃO EVIDENCIADA. DENÚNCIA INSTRUÍDA COM O INQUÉRITO POLICIAL. OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PLEITO DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO CRIME DE PREVARICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SOMATÓRIO DAS PENAS MÁXIMAS ABSTRATAMENTE COMINADAS QUE ULTRAPASSA O LIMITE DE 02 (DOIS) ANOS. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, DENEGADA.
> 1. O trancamento da ação penal por ausência de justa causa é uma medida excepcional, somente cabível em situações nas quais, de plano, seja perceptível o constrangimento ilegal, circunstância não evidenciada no caso dos autos. Precedentes.
> 2. A legitimidade do Ministério Público para a colheita de elementos probatórios essenciais à formação de sua *opinio delicti* decorre de expressa previsão constitucional, oportunamente regulamentada pela Lei Complementar n.º 75/1993 (art. 129, incisos VI e VIII, da Constituição da

República, e art. 8.º, incisos V e VII, da LC n.º 75/1993). Precedentes.
3. A Polícia Judiciária não possui o monopólio da investigação criminal. É consectário lógico da própria função do órgão ministerial - titular exclusivo da ação penal pública - proceder à realização de diligências investigatórias pertinentes ao respectivo âmbito de atuação, a fim de elucidar a materialidade do crime e os indícios de autoria. Inteligência da Lei Complementar n.º 75/93 e do art. 4.º, parágrafo único, do Código de Processo Penal. Precedentes.
4. A questão referente ao tempo e à dimensão das interceptações telefônicas não foi apreciada no acórdão impetrado, tendo em vista a inadequação da via eleita. Da mesma forma, no que concerne à alegação de inexistência de auto circunstanciado e de transcrição das interceptações, bem como à arguição de que as interceptações teriam sido realizadas por pessoas desautorizadas, verifica-se que o Tribunal de origem não se pronunciou sobre os temas. Desse modo, fica inviabilizada a análise de tais insurgências por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
5. Consoante esclareceu o acórdão impugnado, a alegação de que as interceptações telefônicas teriam sido requeridas e prorrogadas com base meramente em denúncias anônimas não se coaduna com o que se verifica dos autos, uma vez que estas serviram apenas para a instauração de inquérito civil. Ademais, não há como rever a conclusão a que chegou o Tribunal de origem, tendo em vista que, para tanto, seria indispensável a reapreciação do acervo probante dos autos, providência incompatível com o rito célere do *habeas corpus*.
6. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte e do Supremo Tribunal Federal: "[...] persistindo os pressupostos que conduziram à decretação da interceptação telefônica, não há obstáculos para sucessivas prorrogações, desde que devidamente fundamentadas, nem ficam maculadas como ilícitas as provas derivadas da interceptação." (STF, RHC 85.575/SP, 2.ª Turma, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJ de 16/03/2007). Pelas mesmas razões, também não há constrangimento ilegal na fixação de prazo de 30 dias, desde que em decisão fundamentada. Precedentes.
7. A análise do argumento de que teria sido emitido "juízo de valor" por parte das pessoas que realizaram as interceptações telefônicas demandaria aprofundado exame do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se mostra cabível na estreita via do *habeas corpus*.
8. Segundo já decidiu esta Corte, "Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação, em flagrante prejuízo à defesa do acusado, ou na ocorrência de qualquer das falhas apontadas no art.43 do CPP" (RHC 18.502/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. GILSON DIPP, DJ de 15/05/2006.)
9. A teor do entendimento desta Corte, é possível o oferecimento de denúncia geral quando uma mesma conduta é imputada a todos os acusados e, apesar da aparente unidade de desígnios, não há como pormenorizar a atuação de cada um dos agentes na prática delitiva.Precedentes.
10. Nos crimes de autoria coletiva, é prescindível a descrição minuciosa e individualizada da ação de cada acusado, bastando a narrativa das condutas delituosas e da suposta autoria, com elementos suficientes para garantir o direito à ampla defesa e ao contraditório, como verificado na hipótese.
11. Se a denúncia se fez acompanhar do inquérito policial, fica afastada a existência de nulidade pela falta de defesa preliminar, conforme a dicção da Súmula n.º 330 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes.
12. Ademais, consta dos autos que foi oportunizado à Paciente o

> oferecimento de resposta à Acusação, tendo sido devidamente apresentada a referida peça.
> 13. Tratando-se de concurso material de crimes, leva-se em consideração, para a determinação da competência, o somatório das penas máximas abstratamente cominadas aos delitos. No caso dos autos, o total das penas em abstrato ultrapassa 02 (dois) anos, razão por que mostra-se incabível o oferecimento de transação penal. Precedentes.
> 14. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado. (HC 151.415/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 02/12/2011)(grifei).

Sobre a contradição na resposta dos jurados aos quesitos, é de sapiência geral que tal impugnação deverá ocorrer quando do julgamento em plenário, sob pena de preclusão, nos exatos termos do art.571, inciso VIII, da Lei Adjetiva Penal*, in verbis:*

> "Art.571. As nulidades deverão ser argüidas:
> […]
> VIII- as do julgamento em plenário, em audiência ou em sessão do tribunal, logo depois de ocorrerem."

Nesse sentido, o Tribunal da Cidadania:

> "*HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO (TENTATIVA). CONTROVÉRSIA RELATIVA À REDAÇÃO DOS QUESITOS. AUSÊNCIA DE ALEGAÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. INVERSÃO NA ORDEM DA QUESITAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA.
> 1. No procedimento do júri, eventual irregularidade na formulação de quesitos deve ser arguida no momento oportuno, a saber, após a leitura e explicitação pelo Juiz Presidente, sob pena de preclusão.
> 2. Na hipótese, a defesa não apontou a referida nulidade no momento oportuno.
> 3. Além disso, compulsando-se os autos não se vislumbram as imperfeições salientadas na impetração, pois os quesitos permitem a compreensão da indagação neles formulada.
> 4. Segundo a Súmula 162/STF, "é absoluta a nulidade do julgamento pelo júri, quando os quesitos da defesa não precedem o das circunstâncias agravantes".
> 5. No caso, as teses defensivas giravam em torno da desclassificação (de tentativa de homicídio para lesão corporal) e do reconhecimento da figura privilegiada. Esses temas foram ventilados nos quesitos 2 e 3, antes das indagações alusivas às qualificadoras/agravantes.
> 6. Ordem denegada." (HC 52.801/RO, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 06/09/2010) (grifo nosso).

Assim, inexiste contradição na quesitação quando os jurados acolhem uma das teses expostas em plenário, *in casu*, a acusatória. Não se exige unanimidade, apenas maioria no édito condenatório oriundo do colegiado leigo.

Em observância ao corolário da individualização da pena positivado na Lei Maior, destrinçarei, doravante, de forma pormenorizada o mérito dos inconformismos.

Em relação ao apelo de Joacema Maria Saraiva de Sousa:

No que pese o esforço do ilustre defensor, tentando impor a tese negatória de autoria, pugnando por novo julgamento, com o argumento de julgamento contrário à prova colacionada, não encontro fundamento sólido e capaz de proporcionar a anulação da decisão.

Referente ao aduzimento de julgamento da ré contrário à prova carreada aos autos:

Desde a fase de procedimento administrativo até o julgamento em plenário, a diligente defesa pugnou pela negativa de autoria, fincando-se na ficção de de que a desditosa vítima teria dado fim a própria vida.

Em que pese os esforços empreendidos, a prova técnico-científico, anexa ao caderno processual, fez cair por terra este álibi, deixando à míngua de amparo o aduzimento de julgamento alheio à prova colacionada.

Observe o termo de declarações da ré prestado diante da autoridade policial(fls.16):

> "[...] que as pessoas que adentraram em sua casa não tinha nenhuma razão de chegar-se ao local onde o seu marido deu por fim em sua vida; que é do conhecimento da declarante de que o seu marido já havia tentado o suicídio (sic) por duas vêzes (sic), não tendo exito (sic) com a ajuda de seus vizinhos; que o seu marido fêz (sic) da mesma maneira das outras vêzes (sic) que foi evitado; que a declarante não tinha conhecimento de nenhuma inimizade com seu marido; que o seu marido não podia beber pois ficava violento já com ele próprio.....

Patente que a indigitada, ora apelante, tentou simular a estória de suicídio, com o claro escopo de fugir à reprimenda estatal.

O depoimento de Antônio Bezerra Mariano durante o inquérito policial (fl.29v.) clareia:

> "[...] que no domingo, dois dias após, pela manhã o depoente ouviu quando a JÔ gritava pela LUCINHA (ANA LÚCIA) e dizendo: "LUCINHA EU NÃO DISSE QUE ELE IA SE MATAR, ELE ESTÁ MORTO AQUI NA ÁREA", só que a vítima estava morta debaixo da escada em um beco ao lado da escada...." (grifei).

Há no fascículo processual, ainda, a notícia de um entrevero entre a indigitada e a vítima, oriundos de uma discussão banal. Observe-se o interrogatório da ré na primeira fase do rito escalonado(fls.118/121):

> "[...] que no dia do fato a interrogada e a vítima estavam bebendo na casa dos irmãos Ana Lúcia e Auricélia; que não é verdade que numa briga

> anterior Josce (sic) tenha ameaçado o padrasto dizendo que ia detoná-lo; que o casal brigava muito; que quando josce estava presente se metia nas discussões tentando apartá-los; que Josce queria que eles se separassem; que na verdade no dia do fato a depoente teve uma crise de vômito; que no dia do fato o casal bebeu na casa dos irmãos Ana lúcia(sic) e Auricélio; que a noite o casal ia fazer uma seresta; que foi até o local com robério (sic) e Ana Lúcia; que no local a interrogada bebeu duas cervejas; que voltou quarenta minutos depois; que a interrogada não tinha o costume de sair de casa quando brigava com a vítima que quem saia era a vítima; que no dia do fato a interrogada acompanhada de filha Josce prestar queixa da agressão da vítima que as duas tinham sido agredidas pela vítima; que quando a vítima estava batendo na interrogada e Josce a menor ligou para a mãe da interrogada pedindo que alguém viesse buscá-las que a menor ligou da casa da Lúcia por que a vítima tinha puxado o fio do telefone; que esclarece a interrogado que quando foi até o local onde aconteceria a seresta foi acompanhada de Lúcia e Robério que foi até a casa de Robério; que a vítima ficou na casa de Lúcia; que quando a interrogada chegou a vítima a vítima começou a destratá-la com palavras de baixo calão; que a vítima era muito "pornográfica"; que a interrogada teve uma crise de vômito; que a interrogada mandou que chamasse Josce que estava assistindo televisão na casa da Lúcia; que Josce veio ao socorro da interrogada e disse para a vítima: MAMÃE QUE MARIDO É ESTE QUE NÃO SERVE NEM PARA LEVÁ-LA AO BANHEIRO?; que quando Josce fez tal afirmativa a vítima a desferiu uma tapa no rosto; que a vítima não tinha costume de bater na filha da interrogada; que a vítima estava descontrolada; que, porque a vítima estava batendo na interrogada, Josce chamou Auricélio e Ana Lúcia, que ninguém conseguia a calmar(sic) a vítima, que nesse íntere, Josce foi telefonar para sua família, que quando a irmã da interrogada em companhia do sobrinho chegaram na casa a vítima estava agarrada em seus cabelos; que fabiano, sobrinho da interrogada pediu para a vítima largar os seus cabelos, o mesmo já partiu para agredir fabiano(sic)....."

O interrogatório de José Auricélio Alcântara Perote(fl.122) confirma: "[...] que ouviu comentários no bairro que Joacema e sua filha Joce teriam dito que iria detonar a vítima...."

Em termo de declarações diante do juízo, Luís Sabino de Carvalho disse(fl.169):"[...] que a vítima vinha sofrendo ameaças da esposa e da filha desta;...."

Ratificou, ainda(fl.169):" que nesse momento Joscemiller ameaçou a vítima dizendo, para ela, mãe da vítima, que riria(sic) detoná-la; que detonar significa matar, segundo o declarante...."

Joscemiller é filha da ré, sendo às vezes testemunha ou instigadora das constantes contendas entre o casal, os quais resultaram no excídio. Poderá ter tido participação no enredo delituoso, não figurando na denúncia, é presumível, por ser menor de idade na época do fato.

A insistência da apelante em querer atribuir ao fato criminoso um suicídio não logrou êxito, eis que os trabalhos policiais ratificados pela instrução criminal mostraram de maneira cristalina tratar-se de homicídio.

Por sua vez, há de se estranhar a insistência da incriminada em proclamar a tese de suicídio da vítima, buscando, a meu sentir, dar ares de veracidade à farsa

tramada, desmontada que foi pela prova técnico-científica produzida pela Perícia Forense não apenas pela Reconstituição do Crime (fls.95/110), como também pelo Auto de Exame de Corpo de Delito(fls.10 e 10v.) e corroborado pelo Exame em Local de Morte Violenta(fls.35/40).

Seu sobrinho, Fabiano Souza do Nascimento, também denunciado, narrou (fl.126):“ que Joacema dormiu duas noites em sua casa, de sexta para sábado e sábado para domingo....”

O caderno processual revela de forma induvidosa que a incriminada participou da cena delitiva.

Ao acatar a tese acusatória exposta em Plenário, o Cenáculo Popular agiu em total harmonia com a prova coligida, desmerecendo qualquer guarida o recurso interposto.

Acentue-se, por oportuno, que a decisão do Júri, em regra, é soberana, não cabendo sua substituição por outra proferida pelos togados do Poder Judiciário, podendo apenas ser anulada quando avessa ao probatório ou existindo paradoxo na quesitação, o que não é o caso. Nessa vertente, vejamos a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> “[...]É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente a melhor decisão. Isso não significa, evidentemente, que a simples versão dada pelo acusado impeça que se dê provimento ao apelo da acusação. Não encontrando ela apoio na prova mais qualificada dos autos é de se prover o recurso para submeter o réu a novo Júri. A opção do Conselho de Sentença não se sustenta quando exercida indiscriminadamente, sem disciplina intelectual, em frontal incompatibilidade da decisão com a prova material inequívoca.” (*In* Código de Processo Penal interpretado, 11ª ed., São Paulo, Atlas: 2003, p. 1487/1488).(grifei).

A cátedra do jurista retromencionado é confirmada pelas 02(duas) egrégias Câmaras Criminais desse Sodalício, veja-se:

> “PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL GRAVE. ALEGAÇÃO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA INTERCORRENTE EM RELAÇÃO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL.RECONHECIMENTO. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Tendo sido o réu condenado à pena de 01 (um) ano de reclusão pelo delito de lesão corporal grave, sanção que instaria prazo prescricional de 04(quatro) anos e, analisando-se os marcos interruptivos da prescrição, tem-se que entre a data da publicação da sentença condenatória (27/12/2002 - fls. 155/156) e a data atual (data do julgamento), transcorreu lapso temporal superior a 04 (quatro) anos, ocorrendo, portanto, a prescrição da pretensão punitiva intercorrente.
> 2. 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.
> 3. 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.
> 4. 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.
> 5. Recurso conhecido e parcialmente provido para reconhecer a extinção da punibilidade do réu em relação ao delito tipificado no art. 129, §1º, inciso I, do Código Penal. (Apel. Crime n°6791-43.2003.8.06.0000/0, rel. Des. Paulo Camelo Timbó, 2ª Câmara Criminal, TJ/CE, julgado em 12/09/2011)."

> "HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. NÃO ARGUIÇÃO NO MOMENTO OPORTUNO. PRECLUSÃO DA MATÉRIA. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INEXISTÊNCIA. NOVO JULGAMENTO. DESCABIMENTO.
> I- O protesto acerca da ocorrência de nulidade posterior à pronúncia, quando não realizado no momento oportuno (art. 571, inciso V, do CPP), acarreta a preclusão da matéria.
> II- Restando comprovado que o Conselho de Sentença, atendido ao princípio da soberania de seus veredictos, condenou o réu, afastando as teses da defesa, o fazendo com esteio em uma das versões constantes dos autos, verossímil e em harmonia com os elementos de convencimento apurados na instrução, não há falar em novo julgamento do apelante, pois inexistente decisão manifestamente contrária à prova dos autos.
> III- Apelo improvido.(Apel. Crime Nº 449-52.2004.8.06.0170/2, rel. Juiz Convocado Luis Evaldo Gonçalves Leite, 1ª Câmara Criminal, TJ/CE, julgado em 22/08/2011)."

No que concerne ao inconformismo de Fabiano Souza do Nascimento:

Aqui, constatei que a defesa fez a repetição de preliminares já amplamente debatidas e refutadas fundamentadamente por este Relator subscritor em relação à co-ré Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho, as quais hei por bem ratificar *in totum* meu posicionamento para rejeitar novamente as nulidades suscitadas pelo apelante, passando, doravante, a adentrar no mérito da irresignação, que pugna por novo julgamento socolor de julgamento contrário à prova colacionada.

Os fólios noticiam que o indigitado, por volta de 01(um) dia antes do cometimento do ilícito teria tido uma discussão com a vítima, chegando às vias de fato. Tal inferência é confirmada por depoimentos em inquérito policial e ratificados na fase jurisdicionalizada.

Joacema Maria Saraiva de Souza Carvalho, interrogada pelo autoridade policial manifestou-se (fl.14):

> "[...] que logo em seguida a vítima agarrou a declarante pelos cabelos e tentou agarrar sua filha já na confusão.(sic) mas seu sobrinho pediu para que não houvesse pancadas com sua tia e prima e logo soltou as mulherers (sic) e foi em cima de seu sobrinho; que todos se encontravam desarmados; que o seu vizinho AURICELIO logo apartou a briga que se encontrava de corpo à corpo pelo chão (os dois homens, (marido e sobrinho)) (sic).."

O próprio incriminado, auscultado durante a fase inquisitiva(fl.22) confirma a luta corporal entre si e a vítima, 01(um) dia antes do crime, senão vejamos:

> " […] que o depoente ainda chegou a pedir o ELIESER que não batesse em sua tia, que o mesmo com violência ainda pegou no cabelo de sua tia e querendo que ela informasse que não tinha sido batida; que com isto gerou-se uma confusão e com a ajuda de um vizinho de nome AURICELIO e apartou e mandou que o depoente juntamente com sua mãe aguardasse no carro..."

José Auricélio Alcântara Perrote, interrogado na 1ª fase do rito escalonado, verberou(fl.123): "que Fabiano entrou em luta corporal com a vítima; que tapa vai tapa vem; que Fabiano e a vítima caíram no chão...."

Após a discussão, em uma sexta-feira, 15 de novembro de 1996, não se teve mais notícia do paradeiro da desditosa vítima, tendo esta somente aparecido no domingo, dia 17, falecida e já em estado de putrefação, com 02(dois) fios ao redor do pescoço, atestando os *experts* ser a *causa mortis* oriunda de asfixia mecânica por estrangulamento(fl.38).

O interrogatório de José Auricélio Alcântara Perrote (fl.123) serve para aclarar o misterioso desaparecimento da vítima após a contenda, deixando inconteste que a decisão dos jurados sintonizou com a prova acostada, veja-se:

> "[...] que o interrogado ficou conversando com Eliezer, que Eliezer ficou calmo e agradeceu ao interrogado; que por volta das 20:30, o interrogado deixou Eliezer em sua casa; que na época do fato o interrogado era noivo e sua noiva residia próximo ao local onde Eliezer ia fazer uma seresta; que tomou banho, jantou, arrumou-se e foi até a casa de Eliezer no intuito de lhe oferecer uma carona; que quando retornou a casa de Eliezer as portas estavam abertas, a casa revirada e a luz acesa; que não viu onde estava a moto; que o interrogado da porta chamou Eliezer e não obteve resposta que a chave estava no trinco....."

Em diversos depoimentos constantes dos autos, como em fl.170, há a notícia de que o vitimado não tinha inimigos capazes da barbárie cometida contra si.

Por sua vez, no sábado, dia 16 de novembro de 1996, o apelante acompanhado de Joscemiller teriam ido ao cenário do enredo macabro, mas, segundo alega, não sentiram o odor do cadáver, que já exalava pela vizinhança. Estranho por

sinal!.

Deito os olhos no termo de depoimento prestado por Agnaldo Aguiar Vidal perante o reitor da peça inquisitória (fl.30):"[...] que no sábado ao chegar em sua casa pela escada sentiu algum mau cheiro mas que poderia ser de algum animal morto principalmente pelo o motivo de que a casa se encontrava fechada desde da(sic) sexta-feira feriado...."

Em interrogatório judicial(fl.126), o nominado afirmou:"[...] que no sábado o interrogado esteve na residência por volta das 16:00 às 16:30 horas;"

Joscemiller Saraiva Martins, filha da ré, confirmou (fl.176), que esteve no sábado, 01(um) dia antes do corpo ser encontrado, com o seu primo e sobrinho da ré, ora apelante, no imóvel, observe-se: "[...] que quando foi lavar as fraldas, Fabiano a acompanhou...."

Certo, portanto, que exsurge dos autos prova robusta da responsabilidade criminal do apelante, o qual agindo com *animus necandi* juntamente com sua tia, ceifaram a vida do companheiro desta, Eliezer Silva de Carvalho.

Ausente, assim, qualquer arbitrariedade no julgamento coletivo, eis que acostou-se à prova colacionada ao fascículo processual, desmerecendo qualquer censura o *decisum* ora vergastado.

O auto de exame de corpo de delito(fl.10 e 10v.) não apenas atesta a materialidade delitiva, servindo para aclarar mais ainda a decisão do colegiado leigo, demonstrando ter o vitimado sido morto por asfixia mecânica por meio de estrangulamento.

À luz do exposto, considerando inexistir qualquer mácula no julgamento, eis que a peça delatória observou fidedignamente ao art.41 da Lei de Ritos penais, somado à ausência de eiva no inquérito e na reconstituição do delito, e por inobservar arbitrariedade do Conselho de Sentença do 6º Tribunal do Júri, desta Comarca, inexistindo contradição ou deficiência na quesitação, conheço dos recursos por tempestivos, mas para lhes negar provimento, o que faço mantendo a decisão soberana do Cenáculo Popular intacta por constatar que inexistiu julgamento contrário à prova coligida.

É como voto.

Fortaleza, 6 de março de 2012.

PROCESSO N°: 1846-40.2000.8.06.0089/1.
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE ICAPUÍ-CE.
APELANTE: ARGEMIRO DE SOUZA FILHO.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. DESCABIMENTO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA SUFICIENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1.Insubsistente a alegação de culpa exclusiva da vítima, pois consoante o probatório o réu assumiu ter ingerido bebida alcoólica, dirigia com velocidade superior a permitida, e ainda transportava a vítima na carroceria, em descordo com o art. 230 do Código de Trânsito Brasileiro.

2.Cabalmente comprovada no caderno processual a reprovabilidade da conduta do réu, o qual violou o dever de cuidado e diligência, ao agir com imprudência (falta de cautela ou precaução) e negligência (desatenção, desleixo, descuido), inviabilizada resta a absolvição.

3.Recurso conhecido. Apelo improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 1846-40.2000.8.06.0089/1, oriundos do Juízo da Vara Única da Comarca de Icapuí-CE, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Argemiro da Souza Filho e Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso, porém para negar-lhe provimento, em conformidade com o voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelatório contra sentença que condenou o recorrente à pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de detenção, a ser cumprida em regime inicial aberto, por infração ao art. 302, *caput*, da Lei 9.503/97, acrescida de suspensão da CNH pelo mesmo lapso temporal da condenação, sendo a primeira substituída por duas restritivas de direitos, quais sejam, pagamento de prestação pecuniária no valor de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) ao Hospital Municipal e prestação de serviços à comunidade (fls. 92/100).

A defesa clama pela absolvição, alegando culpa exclusiva da vítima (fls. 104/107).

Contrarrazões opinando pela mantença do édito condenatório, (fls.171/175).

Manifestação da douta Procuradoria Geral de Justiça pelo improvimento do apelo (fls. 183/187).

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o presente apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie. Passo agora a análise do mérito recursal.

Busca o apelante absolvição, pretextando ausência de nexo causal, pois, no seu entendimento, o réu não agiu com negligência, imperícia ou imprudência, restando comprovada a culpa exclusiva da vítima, "a qual não tomou as devidas cautelas ao ser conduzida na carroceria de um veículo."

Ademais, assevera "que a inditosa vítima TRAFEGAVA NORMALMENTE NA CARROCERIA DO VEÍCULO E QUE SUBITAMENTE CAIU CHOCANDO-SE COM O SOLO, NÃO SE EXPLICANDO INCLUSIVE, O 'PORQUE' DE TAL QUEDA, EIS QUE NÃO FOI REALIZADA QUALQUER MANOBRA BRUSCA E TAMPOUCO EXISTIA NO LOCAL BURACOS OU BIFURCAÇÕES, portanto, a culpa deverá ser aferida, e *in casu,* atribuída de forma EXCLUSIVA à indigitosa vítima".

Desmerece guarida a pretensão defensiva.

Inicialmente, não se pode afirmar que na forma em que transportava a vítima, o guiador trafegava normalmente, uma vez que carregar indivíduos em compartimentos de carga é terminantemente proibido pelo Código de Trânsito Brasileiro (art. 230, inciso II) e só comporta exceção por motivo de força maior, o que não é o caso.

Noticiam os autos, que o recorrente foi denunciado como incurso no art. 302 da Lei 9.503/97 e restou condenado em face de ter ocasionado a queda da vítima, a qual era transportada na carroceria do veículo F1000, placa HWB 0440 e, como consequência, faleceu após cinco dias, em face de traumatismo craniano, como se infere do laudo cadavérico (fl.73).

As testemunhas (fls. 62/64) foram uníssonas em afirmar que a vítima ia na carroceria do carro, se segurando numa mesa, e que na curva do "S", desequilibrou-se e caiu do veículo. Some-se, a isso, o fato do condutor guiar com velocidade em torno de 70 km (setenta quilômetros), superior a permitida para o local, no caso, 40 km (quarenta quilômetros).

Do interrogatório (fls. 38/39), em Juízo, colhe-se que o indigitado havia ingerido bebida alcoólica, antes de ir buscar uma mesa na cidade de Ibicuitinga, a pedido do Sr. Gilson, proprietário do carro. Ademais, disse que não se sentia embriagado e se achava em condições de direção, daí porque atendeu tal súplica. Quando retornavam trazendo tal objeto, na curva do "S", ouviu quando o móvel bateu na carroceria e ao olhar

para trás, viu que a vítima havia caído, tendo lhe socorrido com a ajuda de populares.

Nos crimes culposos, ação típica e antijurídica é a que viola o cuidado objetivo exigível à generalidade das pessoas.

A respeito da culpa, trago à colação os ensinamentos de Hans Welzel (criador da teoria finalista da ação), mencionado na obra de Damásio E. de Jesus:

> "Quando se diz que a culpa é elemento do tipo, faz-se referência à inobservância do dever de diligência. Explicando. A todos, no convívio social, é determinada a obrigação de realizar condutas de forma a não produzir danos a terceiros. É o denominado cuidado objetivo. A conduta torna-se típica 'a partir do instante em que não se tenha manifestado o cuidado necessário nas relações com outrem, ou seja, a partir do instante em que não corresponda ao comportamento que teria adotado uma pessoa dotada de discernimento e prudência, colocada nas mesmas circunstâncias que o agente'. A inobservância do cuidado necessário objetivo é elemento do tipo".

Assim, são elementos do fato típico culposo, a conduta humana e voluntária de fazer ou não fazer, a inobservância do cuidado objetivo manifestada através da imprudência, negligência ou imperícia, a previsibilidade objetiva, a ausência de previsão, o resultado involuntário, o nexo de causalidade e a tipicidade.

Ainda nesse tema, se manifesta o renomado Heleno C. Fragoso**:**

> "A culpa em tais crimes está em função da reprovabilidade pessoal da falta de observância, por parte do agente, nas circunstâncias em que se encontrava, do cuidado exigível, ou seja, da diligência ordinária ou especial a que estava obrigado".

In casu, constata-se que o réu dirigia com velocidade superior à permitida, assumiu ter ingerido bebida alcoólica e ainda transportava a vítima na carroceria, em desacordo com o art. 230 do CTB, restando cabalmente comprovada no caderno processual a reprovabilidade da conduta, violação do dever de cuidado e diligência, ao agir com imprudência (falta de cautela ou precaução) e negligência (desatenção, desleixo, descuido), daí, porque inaceitável a alegação de culpa exclusiva da vítima e incabível a absolvição pretendida.

Pelas razões acima, mantenho o édito condenatório, posto que proferido acertadamente.

Ante o exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 7 de fevereiro de 2012.

PROCESSO N°:29881-39.2007.8.06.0000/0.
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
APELANTE: PAULO ROBERTO ANSELMO CAVALCANTE.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PROVA SUFICIENTE. ABSOLVIÇÃO DESCABIDA. REDUÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. APELO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.

1. A existência de prova robusta apontando o réu como coautor do delito de roubo circunstanciado, inviabilizam o reconhecimento dos pleitos absolutório e da participação de menor importância, nos moldes do § 1º, do art. 29 do Código Penal.
2. *In casu*, apreendida a *res furtiva* em poder do réu, tendo este sido reconhecido pelo ofendido como o autor do delito, a versão de que agiu sob coação, mostra-se isolada e sem respaldo algum.
3. Não há que se falar em participação de menor importância, mas de coautoria, se o acervo probatório indica que o agente adotou o princípio da divisão do trabalho, partilhando com o comparsa as funções, ainda que, para a execução do crime, a sua tarefa tenha sido de recolher a *res furtiva*, enquanto o outro ameaçava a vitima, apontando-lhe uma arma de fogo, evidenciando a atuação conjunta de ambos, vinculados física e psicologicamente para o evento delitivo.
4. Impossibilitada a valoração das circunstâncias atenuantes, por encontrar óbice na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, pois dosada a pena base no patamar mínimo.
5. Recurso conhecido. Apelo improvido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 29881-39.2007.8.06.0000/0, oriundos do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Paulo Roberto Anselmo Cavalcante e Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do presente recurso apelatório, mas para negar-lhe provimento, em conformidade com o voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Paulo Roberto Anselmo Cavalcante

contra sentença, que o condenou como incurso no art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c o art. 29, ambos do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de multa (fls. 97/102).

Recurso da defesa pleiteando absolvição ou, subsidiariamente, redução da reprimenda (fls. 113/115).

Contrarrazões ministeriais opinando pela mantença do veredicto na íntegra (fls. 118/120).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça inclinando-se pelo conhecimento da irresignação e pugnando pelo parcial provimento, no sentido de que seja reconhecida o grau de participação do réu, para fins de redução (fls. 134/136).

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie.

Visa o apelatório a reforma da sentença do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, que condenou o apelante como incurso no art. 157,§ 2º, incisos I e II, e art. 29, ambos do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 30 (trinta) dias multa, a ser cumprida, a primeira, em regime inicial semiaberto.

Irresignado com o *decisum,* o recorrente, primeiramente, pleiteia absolvição, a pretexto de insuficiência de provas, alegando, em suma, que "a prova testemunhal não se presta para incriminar o apelante, uma vez que as testemunhas trazidas em juízo revelaram-se confusas em detalhar o fato e incongruentes no que tange à indefinição da efetiva participação do acusado". Ademais, afirma que agiu sob coação irresistível de seu comparsa, determinando que ele recolhesse a carteira da vítima contra sua vontade.

Por derradeiro, postula redução da pena, aduzindo que o julgado desconsiderou a atenuante da menoridade e a menor participação do réu.

Desmerecem guarida tais pretensões. A uma, porque ao reverso do alegado há prova robusta a amparar o édito condenatório, consubstanciado no reconhecimento da vítima, aliado aos depoimentos testemunhais. A duas, porque não se pode dizer que a participação do indigitado foi de menor importância, previsão legal prevista no § 1º, do art. 29, do Código Repressivo Pátrio, eis que ele recolheu a *res furtiva,* portanto agiu como coautor, e não partícipe.

Discordo dos argumentos da defesa, pois tanto a vítima como as testemunhas narram de forma harmônica e consistente os fatos, indicando o acusado como um dos autores do crime, sendo o mesmo reconhecido em juízo.

A materialidade do delito se comprova através do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/10), Auto de Apresentação e Apreensão (fl. 11), Termo de Entrega

(fl.12), além das provas orais colacionadas aos autos.

Francisco Airton do Nascimento (fls.52/53), vítima, declarou que estava na lanchonete tomando um refrigerante, quando, de repente, um acusado apontou a arma para ele e para o dono daquele estabelecimento, anunciando o assalto. Disse, que lhe subtraíram a carteira e o celular, pois ambos estavam sobre a mesa e, prontamente, chegou a polícia militar, prendendo Paulo Roberto com o telefone e parte do dinheiro, tendo o corréu escapado furtivamente.

As testemunhas (fls. 49, 50 e 51), em consonância com as declarações da vítima, disseram que o recorrente não fez uso de arma, conduta esta atribuída ao indivíduo evadido.

Em Juízo, o indigitado negou a imputação (fl. 32), dizendo que entrou em uma lanchonete com o outro réu para fazer um lanche, quando este anunciou o assalto e mandou que ele pegasse a carteira e o celular que estavam sobre a mesa. Disse, que relutou em aceitar a ordem, mas acabou cumprindo a determinação e, ao sair daquele estabelecimento foi abordado pela polícia com a *res furtiva*, enquanto o seu comparsa empreendeu fuga.

Depreende-se do caderno processual, que a vítima reconheceu Paulo Roberto, como um dos infratores, ao passo que o outro réu não foi reconhecido e, consequentemente, foi absolvido.

A versão do recorrente de que agira sob coação irresistível, se encontra isolada nos autos e dissociada dos elementos de prova.

Ressalte-se que tal pleito não é novo, pois requerido por ocasião dos memoriais e perfeitamente rechaçado pela magistrada sentenciante, o que de fato desmerece amparo, posto ser carente de suporte probatório.

Portanto, incabível a absolvição, visto que os fólios oferecem fartos elementos de prova, devendo ser mantido o édito condenatório.

Quanto à redução de pena, ouso discordar da douta Procuradora de Justiça, onde opina pela correção da sentença por não explicitar o grau de participação do acusado para fins de diminuição.

Ressalte-se que, apesar do réu não portar arma, ele foi o responsável pela subtração dos pertences da vítima, demonstrando conduta de coautor, uma vez que contribuiu para o êxito da tarefa criminosa, não se podendo dizer que ele agiu como um mero partícipe.

Consequentemente, não se pode confundir. Primeiro, quem concorre para o crime, deve ser apenado de acordo com a sua culpabilidade (*caput*, do art. 29), como ocorreu na espécie, e que reconhecido pela magistrada na análise das circunstâncias judiciais. Segundo, a aplicação do redutor pela participação de menor importância (§ 1º, do art. 29), somente cabe para o indivíduo que atua como partícipe, aquele que age como coadjuvante, não se aplicando as hipóteses de coautoria, como a do recorrente.

Ora, havendo concurso de pessoas, pune-se cada agente na medida de sua culpabilidade, nos termos do art. 29, *caput,* do Código Penal. Em algumas situações,

quando reconhecida a menor participação, emprega-se o § 1º, do artigo 29, o que não é o caso em análise, visto que nenhuma das contribuições, embora desiguais, pode assim ser considerada.

A verdade é que o indigitado, agiu em conjunto com o comparsa, adotando o princípio da divisão do trabalho, no qual ambos tomaram parte, atuando em conjunto na execução da ação típica, de tal modo que, a meu sentir, isto implica na coautoria do delito narrado na exordial, o que de fato afasta a incidência daquele redutor.

Nesse sentido:

> "Mostrando-se decisiva a atuação do réu para o êxito da empreitada criminosa, inclusive praticando atos executórios, não há falar em participação, mas, sim, em coautoria, não se aplicando a participação de menor importância ao agente que realiza uma parte necessária do plano global (domínio funcional do fato), sendo impossível o afastamento do concurso de pessoas se o delito foi perpetrado, em unidade de desígnios, mediante divisão de tarefas essenciais para o sucesso da empreitada." (TJMG, AC.1.0056.04.076986-3/001, Rel. Des. Judimar Biber, DJ 15/05/2009).

> "A participação de somenos (§ 1º do art. 29 do CP) não se confunde com a mera participação menos importante (caput, do art. 29 do CP). Não se trata, no § 1º, de 'menos importante', decorrente de simples comparação, mas, isto sim, de 'menor importância' ou, como dizem, 'apoucada relevância' (Precedente do STJ) (STJ, HC 20819/MS, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T, RSTJ v. 167, p.591).

Além do mais, o julgado reconheceu a presença das atenuantes (menoridade e confissão espontânea). Todavia, o Juízo *a quo* aplicou a pena base no patamar mínimo, impossibilitando a valoração de tais circunstâncias legais, por encontrar óbice na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: *"A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."*

Ante o exposto, conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em discordância com a opinação da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

PROCESSO N°: 44665-60.2003.8.06.0000/1.
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: 2ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
APELANTE: FRANCISCO DAGMAR DA CUNHA MAIA DE OLIVEIRA.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADO E CONSUMADO EM CONCURSO MATERIAL. INTERPOSIÇÃO COM BASE NO ART. 593, III, LETRAS "C" E "D" DO CPP. NOVO ADVOGADO CONSTITUÍDO DENTRO DO PRAZO RECURSAL. RAZÕES TEMPESTIVAS INVOCANDO APENAS ALÍNEA "A". CONHECIMENTO DE TODAS AS MATÉRIAS SUSCITADAS. MANUTENÇÃO DA SOBERANIA DO VEREDICTO CONDENATÓRIO. RECURSO CONHECIDO, PORÉM IMPROVIDO.

1. Embora a apelação contra as decisões do júri seja adstrita aos fundamentos da interposição (Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal), é possível sua ampliação dentro do prazo recursal.

2. *In casu*, o apelante, através da Defensoria Pública, manifestou inconformismo com base no artigo 593, inciso III, alíneas "c" e "d", do Código de Processo Penal. Todavia, dentro do quinquídio, constituiu novo causídico, o qual após devidamente intimado, apresentou razões tempestivas amparadas na alínea "a" do dispositivo retro mencionado.

3. A apelação nos processos de competência do júri é de fundamentação vinculada e o termo de interposição é quem a delimita, conquanto conhecida a ampliação do inconformismo, pois respeitado os prazos recursais pelo novo constituinte, de forma que ignorá-la afrontaria o Princípio da Plenitude de Defesa.

4. A ausência de contrariedade ao libelo, quando devidamente intimado o defensor, não constitui nulidade, já que sua apresentação não é obrigatória, constituindo uma faculdade de defesa.

5. Incabível a nulidade por supressão de quesitos sobre a tese defensiva, uma vez que a mera resposta negativa à indagação referente ao reconhecimento da qualificadora significaria desclassificação para homicídio simples, atendendo-se ao que arguido em plenário.

6. A decisão dos jurados encontra respaldo nos autos, vez que farta a prova testemunhal indicativa da autoria do apelante, o qual agiu de forma a dificultar a defesa das vítimas.

7. Corretas as dosimetrias, pois obedecidas as diretrizes dispostas no

artigo 68 do Código Penal, para ambas as reprimendas, com o acréscimo da pena base de 01 (um) ano, pela presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis e atenuação no mesmo *quantum*, frente o reconhecimento da confissão espontânea, findando corretamente somadas em face do concurso material, nos moldes do art. 69 do Código Penal.
8. Sentença condenatória mantida. Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 44665-60.2003.8.06.0000/1, oriundo do Juízo da 2ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Francisco Dagmar da Cunha Maia de Oliveira e Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, porém, para lhe negar provimento, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público oficiante na 2ª Vara do Júri da Comarca de Fortaleza/CE denunciou Francisco Dagmar da Cunha Maia de Oliveira, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, IV, parte final, c/c o art. 14, II e art. 121, § 2º, IV, parte final, c/c o art. 69, todos do Código Penal (fls. 03/06).

Ultrapassada a instrução processual, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, o apelante foi pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, oportunidade em que o Conselho de Sentença reconheceu a autoria e a materialidade delitivas, imputadas ao indigitado, admitindo a qualificadora da surpresa, para os dois crimes, e a tentativa, para um destes, findando o réu condenado pelo homicídio tentado, à pena de 06 (seis) anos de reclusão e, pelo consumado, 12 (doze) anos de reclusão, totalizando uma reprimenda de 18 (dezoito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado (fls. 213/216).

Irresignação defensiva, em plenário, com fundamento no inciso III, alíneas "c" e "d", do artigo 593, do Código de Processo Penal (fl. 219).

Razões apresentadas por causídico constituído após julgamento, postulando nulidade, com base na alínea "a", da retrocitada lei adjetiva penal (fls. 224/226).

Contrarrazões pugnando pela mantença *in totum* da sentença vergastada. (fls. 227/230).

Nesta Superior Instância, com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento do recurso, porém pelo total desprovimento (fls. 238/242).

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o apelatório deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie. Passo à análise do mérito.

Ab initio, ressalto a Súmula 713 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe: " O efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição".

Consta da ata de julgamento (fl. 219) que o apelante, através da Defensoria Pública, invocou o disposto no artigo 593, inciso III, alíneas "c" e "d", do Código de Processo Penal, ao manifestar o inconformismo, porém, quando da apresentação das razões, estas subscritas por novo causídico, este transmudou-o para a alínea "a", do retrocitado dispositivo legal.

Considerando que as apelações do júri são de fundamentação vinculada e que o termo de interposição é quem delimita, conhecerei das matérias ali elencadas, apesar de omissas nas razões e, ainda, da que versa sobre nulidade posterior à pronúncia, uma vez que apresentada tempestivamente por advogado habilitado após o julgamento, pois, a meu sentir, o não conhecimento desta última afrontaria o Princípio da Plenitude de Defesa.

ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA "A", DO CPP – NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA

Em sede recursal, postula a defesa nulidade, amparando-se em duas teses. Primeiro, a ausência de contrariedade ao libelo. Segundo, a supressão de quesitos sobre a tese defensiva.

Na vertência, não há que se falar em nenhuma eiva, pois o libelo foi feito em conformidade com a decisão de pronúncia prolatada em 28/08/2003, e mantida por este Sodalício em 02/05/2006, recebendo o réu cópia (fl. 199) e efetivada intimação do defensor para oferecer contrariedade (fl.200), porém este deixou decorrer o prazo *in albis* (fl.201).

Ressalte-se que o procedimento do júri aqui adotado é o anterior à vigência da Lei 11.689/2008, onde era imprescindível a entrega de cópia do libelo ao réu e a intimação do advogado, como de fato ocorreram.

Sobre o tema à lição do saudoso Júlio Fabbrini Mirabete:

> "A contrariedade do libelo, porém, é mera faculdade processual da defesa, que não está obrigada a apresentá-la, mesmo porque muitas vezes o bom êxito da defesa exige o seu silêncio na oportunidade, para revelar-se a argumentação e estratégia apenas em plenário. Por isso, a omissão da defesa quanto à contrariedade não acarreta nulidade do processo". (*In* Processo penal. 15ª ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.495.)

O Tribunal da Cidadania não discrepa:

> "[…] De qualquer forma, a tese de nulidade pela falta da contrariedade ao libelo não poderia prosperar, por constar nos autos que o Patrono posteriormente constituído para defender o Paciente foi regularmente intimado para apresentar a peça, porém deixou fluir o prazo e não praticou o ato. É de se entender, assim, que a Defesa, devidamente intimada, optou pela faculdade processual de não apresentar a peça e adiantar a tese defensiva. [...]" (HC Nº 160.882 - BA (2010/0016143-2), Rel. Min Laurita Vaz, 5ª Turma julgado 14/06/2011, Dje de 31/08/2011). Grifei.

> "Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, nos processos de competência do Tribunal do Júri, a não apresentação de alguma peça processual, tal como defesa prévia, alegações finais ou contrariedade ao libelo, por si só, não acarreta nulidade, pois a Defesa pode optar por reservar sua tese para o julgamento em plenário.[...]" (HC 88.919/SP, 6.ª Turma, Rel. Min. MARIA THEREZA, DJe de 06/09/2010.)

Portanto, a ausência de contrariedade ao libelo, quando há devida intimação da defesa para a prática do ato, não acarreta nulidade, uma vez que sua apresentação, repita-se, não é obrigatória, constituindo-se numa faculdade de defesa.

Quanto ao segundo inconformismo, supressão de quesitos sobre a tese defensiva, melhor sorte não lhe assiste. Como expôs o *Parquet,* "a tese defensiva fora a desclassificação para homicídio simples, não se havia de formular quesito específico para abrangê-la, porque aqueles apresentados aos jurados incluíam todas as teses jurídicas admissíveis e arguidas em plenário" (fl.228).

Ora, bastava o Conselho dos Sete responder negativamente o quesito referente ao reconhecimento da qualificadora – uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima – para ser reconhecida a desclassificação para homicídio simples, atendendo-se, destarte, a tese defensiva arguida em plenário, como consta na ata de julgamento (fl.219).

Destaque-se que, toda e qualquer nulidade referente ao questionário deve ser arguida logo após a leitura dos quesitos, quando o juiz presidente indaga as partes se há alguma reclamação ou requerimento. Consta na ata da sessão, que inexistiu manifestação nesse sentido (fls. 219).

ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CPP – JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA

Materialidade comprovada, através do Laudo de Exame Cadavérico (fls. 33/34), Auto de Exame de Corpo de Delito (fl.31) e prova oral Inexistência de dúvida quanto à autoria, eis que reconhecida pelo indigitado na seara policial e em juízo (fls. 73/76)

A expressão "julgamento manifestamente contrário à prova" exige discrepância evidente entre o suporte fático probatório contido nos autos e a decisão do Conselho de Sentença. Não a vislumbro. Farta a prova testemunhal indicativa da autoria do apelante, que agiu de forma a dificultar a defesa das vítimas, detalhe observado pelos testigos, uniformes em apontá-lo como autor dos disparos (fls. 90/95).

Sobre a dinâmica dos fatos, ressalto parte do depoimento de Luiz Aprígio Filho:

> "[...] quando Gélcio estava brigando com a filha do Sr. Nonato eis que o acusado faz um disparo contra Gélcio cujo disparo indo atingir a irmã do acusado cujo balázio ficou alojado por detrás da orelha; […] que Marquinhos que estava sentado perto e não tinha nada a ver com a briga levantou-se abrindo os braços dizendo para o acusado que não atirasse pois ali havia muita gente inclusive crianças; que o acusado não atendeu as ponderações de Marquinho acionou a sua arma contra Marquinho tendo esta quebrado o catolé, acionando sua arma pela segunda vez, atingiu Marquinho no abdome, e ao ser atingido Marquinho colocou a mão no abdome e caiu [...]".

É cediço, que somente uma escancarada dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos durante a instrução autorizariam a cassação do julgamento Popular. Não é o caso dos autos, pois, diante do probatório, optaram os jurados pela prevalência da tese acusatória em detrimento da versão defensiva, que buscava o reconhecimento dos homicídios na forma simples.

Na espécie, inviável atender ao pleito recursal, por se constituir afronta à soberania do júri, vez que amparado o veredicto em elementos de convicção relevantes e colhidos sob o crivo do contraditório.

ARTIGO 593, INCISO III, ALÍNEA "C", DO CPP – ERRO OU INJUSTIÇA NO TOCANTE A APLICAÇÃO DA PENA

Como já referido, o 4º Tribunal do Júri da Comarca de Fortaleza, condenou Francisco Dagmar da Cunha Maia de Oliveira, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, IV, parte final, c/c o art. 14, II e art. 121, § 2º, IV, parte final, c/c o art. 69, todos do Código Penal, restando condenado, respectivamente, às penas de 06 (seis) anos de reclusão e 12 (doze) anos de reclusão, totalizando uma reprimenda definitiva de 18 (dezoito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado

tocante ao cálculo da pena, desmerece acolhida o apelo defensivo, haja vista que obedeceu às diretrizes dispostas no artigo 68 do Código Penal, sendo as reprimendas base acrescidas de 01 (um) ano, pela existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis e atenuadas, também de 01 (um) ano, frente o reconhecimento da confissão espontânea, estando corretamente somada em face do concurso material, nos moldes do art. 69 do Código Penal.

A meu sentir, a dosimetria imposta atendeu rigorosamente os ditames legais.

À luz do exposto, conheço do recurso por tempestivo, mas para lhe negar provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

PROCESSO Nº 72977-02.2010.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIME – 12ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ANTÔNIO VANDI SOARES
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR – CONTINUIDADE DELITIVA – VÍTIMAS MENORES DE QUATORZE ANOS – VIOLÊNCIA PRESUMIDA – PEDIDO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE DEFESA PRÉVIA E EXASPERAÇÃO DA PENA, DEVIDO A CONSIDERAÇÃO DE PARENTESCO ENTRE APELANTE E VÍTIMAS – INADMISSIBILIDADE – DEPOIMENTO SÓLIDO DAS OFENDIDAS, CONVINCENTE E AMPARADO NOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA – SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

1. Incabível a absolvição, quando a palavra das vítimas se mostrou segura e incisiva ao relatar a prática dos atos libidinosos e sua autoria, tanto em sede inquisitorial quanto na fase instrutória.
2. Consoante entendimento jurisprudencial dominante, em se tratando de crime sexual, via de regra praticado na clandestinidade, a palavra da vítima se clara e coesa, merece especial atenção.
3. Devidamente comprovado nas provas dos autos e depoimentos que o apelante vivia maritalmente com a genitora das vítimas.
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 Antônio Vandi Soares contra sentença que o condenou pela prática da infração capitulada no art. 214, c/c art. 224, "a", e art. 226, II, c/c art. 71, todos do Código Penal.

O recorrente foi condenado à pena de dez (10) anos e seis (06) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Inconformado com esse resultado, o apelante interpôs o recurso em exame,

com razões às fls. 90/92, visando em síntese, a nulidade da sentença por falta de defesa prévia e alternativamente a reforma na **dosimetria, contestando** o parentesco entre apelante e vítimas.

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 95/96, propugnando-se pelo improvimento do pleito. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no mesmo sentido, podendo ser visto às fls. 102/108.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 04/04/11, conforme dados do sistema SPROC, vindo concluso para apreciação.

Era o que se tinha a relatar, determinando a remessa dos autos à D.D. Revisora para os devidos fins.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, verifica-se que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, razão para tomar o conhecimento pretendido.

Narra a exordial acusatória que as crianças Aline Araújo da Silva e Aila Araújo da Silva, com 09 (nove) e 10 (dez) anos de idade à época dos fatos, foram vítimas do denunciado Antônio Vandi Soares, nos crimes de atentado violento ao pudor, mediante presunção de violência, em continuidade delitiva e com aumento de pena devido ao fato do agente ser padrasto das vítimas

A vítima Aila Araújo da Silva informou que durante a noite era intimidada pelo infrator, que o mesmo ia até a sua rede e passava a mão em sua vagina e em seus seios. Relatou ainda, que nada contou à sua mãe, pois tinha medo de sua reação, pois sua irmã Aline já havia contado sobre fato semelhante e esta não havia acreditado.

Em relato similar, a vítima Aline Araújo da Silva informou que seu padrasto passava a mão em seu corpo e pegava em suas "partes íntimas", enquanto estava dormindo. Declarou também, que contou a sua mãe acerca dos abusos, mas esta não acreditou e, por não suportar mais tal situação foi morar na residência do seu tio.

As vítimas em suas declarações confirmaram detalhadamente a empreitada criminosa, bem como reconheceram o apelante como autor do crime. No mesmo sentido foi o depoimento de Antônio Carlos de Araújo, tio das vítimas (fls. 51/52), demonstrando a total harmonia das provas produzidas.

Com fulcro nas incontestáveis provas dos autos a douta julgadora condenou Antônio Vandi Soares, por infração ao Art. 214, c/c art. 224, "a", e art. 226, II, c/c art. 71, todos do Código Penal, a pena de dez (10) anos e seis (06) meses de reclusão, no regime inicial fechado.

Na espécie, a violência sexual noticiada evidencia-se claramente do conjunto probatório amealhado aos autos. Importante frisar que em se tratando de atentado violento ao pudor, delito que, na maioria das vezes, não deixa vestígios, a materialidade pode ser perfeitamente apurada pelo exame da prova testemunhal, principalmente quando amparada nas palavras das vítimas.

Para o saudoso Júlio Fabbrini Mirabete "o atentado violento ao pudor não é crime que necessariamente deixa vestígios, podendo ser comprovado por qualquer elemento probatório, com relevância para a palavra da vítima, prescindindo-se do exame pericial." (*In* Código Penal Interpretado, 4ª ed.. SP, Atlas, 2003, p. 1550).

A autoria e materialidade do crime são incontestes, posto que encontram-se cabalmente comprovadas a partir da análise e da valoração dos depoimentos colhidos na fase policial, confrontados com a prova testemunhal coletada em Juízo, pelas declarações consistentes e seguras prestadas pelas vítimas, que reconheceram o acusado como sendo o autor do crime, demonstrando a existência de um conjunto probatório coerente e harmônico.

Irresignado com o resultado da sentença condenatória o recorrente apelou contra o *decisum,***aduzindo que foi condenado à pena de 10 (dez) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, mesmo sem apresentar defesa prévia, o que acarretaria nulidade absoluta. Alternativamente, postula pelo exclusão da causa especial de aumento de pena contida no art. 226, inciso II do Código Penal, alegando não haver prova documental da existência de casamento do acusado com a mãe das vítimas.**

O pleito defensivo relativo à falta de defesa preliminar não merece prosperar. Ressalte-se que o advogado do recorrente foi devidamente intimado para apresentar a defesa prévia, porém não o fez, o que não caracterizou nulidade, posto que à época dos fatos a lei processual vigente autorizava ser a mesma facultativa.

Observa-se que apenas em 20/08/2008, com as alterações da Lei nº 11.719, é que a defesa prévia escrita, apresentada no prazo de dez (10) dias, passou a ser exigida pelo Código de Processo Penal, portanto, não há de se falar em nulidade da sentença.

A tese defensiva que pleiteia a correção do cálculo da pena, alegando não haver prova documental da existência de casamento do acusado com a mãe das vítimas, igualmente não merece acolhida. A sentença se baseou na constatação de que existia uma relação de autoridade do acusado com as vítimas, sendo ele padrasto das mesmas, uma vez que vivia maritalmente com a mãe das ofendidas. Verifica-se ainda, que o próprio apelante admitiu que as vítimas eram suas enteadas, conforme depoimento contido no termo de interrogatório de fls. 40/41.

Assim, o conjunto probatório de provas elencado nos autos era mesmo seguro para embasar o bem lançado decreto condenatório. A prova foi fixada de forma justa e criteriosa, não demandando nenhum reparo, considerados os parâmetros legais e as peculiaridades do caso concreto. O regime prisional fixado é o adequado e suficiente ao caráter preventivo e repressivo da reprimenda.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementas de acórdãos sobre o tema:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR PRATICADO CONTRA MENOR DE QUATORZE ANOS.

RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INDEFERIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO COERENTE E HARMÔNICO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Em crimes contra a dignidade sexual, a palavra da vítima possui inegável alcance, visto que cometidos, quase sempre, sem a presença de testemunhas.

2. Em casos como o dos autos, os abusos não deixam vestígios passíveis de perícia, circunstância que deve ser considerada no exame e na ponderação da prova dos autos.

3. Inviável o acolhimento da tese de insuficiência de provas quando, tratando-se da prática de crime de atentado violento ao pudor cometido contra criança menor de 14 (quatorze) anos, esta descreve de forma harmoniosa os abusos a que foi submetida na Seção de Orientação Psicológica e perante a autoridade judicial, declarações que foram corroboradas pelo depoimento judicial de sua tia.

4. O conjunto probatório demonstra que os atos praticados pelo réu contra a sua enteada, consubstanciam atentado violento ao pudor, pois revestidos de cunho libidinoso, consistentes em passar a mão nas partes íntimas da criança, beijá-la na boca e obrigá-la a praticar, com ele, sexo oral.

5. Recurso conhecido e não provido para manter incólume a sentença que condenou o réu nas penas dos artigos 214 c/c 224, alínea "a" e artigo 226, inciso II, na forma do artigo 71, todos do Código Penal. (Acórdão n. 575474, 20070110504974APR, Relator: Des. ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 22/03/2012, DJ 30/03/2012 p. 200)

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. ATENTADO AO PUDOR CONTRA VULNERÁVEL. PADRASTO QUE ABUSA DA FILHA DA COMPANHEIRA, DE TENRA IDADE. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. IMPROCEDÊNCIA. PROVA SATISFATÓRIA DA MATERIALIDADE E AUTORIA. PALAVRA DA VÍTIMA COLHIDA POR INTERMÉDIO DE ESPECIALIISTA E CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. SENTENÇA CONFIRMADA.

1 Réu condenado por infringir o artigo 214 combinado com 224, alínea "a", do Código Penal, eis que várias vezes acariciou lascivamente a sua enteada, com apenas cinco anos de idade, beijando suas nádegas e a genitália.

2 O princípio da identidade física do juiz há que ser apreciado com moderação e equidade, atento a outros princípios do processo penal, tais como celeridade e economia, cabendo a aplicação analógica do artigo 132 do Código de Processo Civil, que admite a prolação da sentença por Juiz diverso daquele que procedeu à instrução da causa, nas hipóteses de convocação, licença, afastamento, promoção, aposentadoria ou outros afastamentos legais.

3 Consideram-se provadas satisfatoriamente a materialidade e a autoria do crime sexual quando as declarações da infanta são colhidas por Psicólogos e outros especialistas. Apesar de serem reconhecidos os riscos do depoimento infantil, devido ao fato de ser a criança facilmente manipulável e tendente a fantasias, especialmente no terreno da sexualidade, a sua versão dos fatos há de ser acolhidas quando se apresenta consistentes e contam com o amparo de outros

elementos de convicção, formando um conjunto lógico e coerente. 4 Apelação desprovida. (Acórdão n. 555184, 20060110814355APR, Relator: Des: GEORGE LOPES LEITE, 1ª Turma Criminal, julgado em 24/10/2011, DJ 10/01/2012 p. 171)

O recurso, por tudo que foi detalhadamente exposto, não merece provimento, devendo a condenação ser mantida integralmente. *Ex positis,* em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de negar provimento ao recurso interposto, por estar a sentença condenatória embasada na lei e nas provas dos autos.

É o voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2012.

PROCESSO Nº 0078234-73.2008.8.06.0001
APELAÇÃO CRIME – 1ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: JOSÉ WALDEGLAUCIO MACHADO ALVES
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE – GUARDA DE 8,5 GRAMAS DE CRACK, ACONDICIONADAS EM 49 PEDRAS – PRISÃO EM FLAGRANTE – REDUÇÃO DA PENA-BASE, CONCESSÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4°, DA LEI 11.434/06 EM SEU GRAU MÁXIMO, POSSIBILIDADE – BEM COMO A MUDANÇA DE REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO POR PENA ALTERNATIVA – IMPROCEDÊNCIA – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

2. O conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação do acusado, pois devidamente provadas a autoria e a materialidade.

3. O exame das circunstâncias judiciais são favoráveis ao apelante, posto que, primário, possuidor de bons antecedentes, além da pouca monta da droga apreendida, portanto faz jus a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

4. Ainda que haja incidência da norma do § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, o regime prisional é inicialmente fechado, por força de previsão legal, uma vez que o crime de tráfico, está inserido no rol de crimes hediondos.

5. Recurso conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer da apelação interposta e dar-lhe parcial provimento**,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

RELATÓRIO

JOSÉ WALDEGLAUCIO MACHADO ALVES**,** qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso nas sanções do arts. 33, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes), fato ocorrido no dia 12 de junho de 2008.

O recorrente foi condenado à pena de quatro (04) anos e dois (02) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente sob o regime fechado e ao pagamento de

quinhentos (500) dias-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal.

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 174/181, visando à reforma da decisão, para aplicar a minorante de 2/3, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e a consequente substituição do regime fechado por pena alternativa.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 185/186, manifestando-se pelo provimento do recurso, posição essa endossada pela Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de folhas 192/196.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 09/03/12, 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

O recurso deve ser conhecido, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/07), Recibo de Entrega de Preso (fls. 12), Nota de Culpa (fls.20), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 21), bem como pelo Lauro Provisório de Constatação de Substância Entorpecente (fls. 23), além da prova oral colhida nos autos. A autoria delitiva comprovou-se tanto pela confissão do acusado, como pelo depoimento unânime das testemunhas.

O recorrente foi processado e condenado pelo crime de tráfico de drogas porque, segundo a denúncia, ficou comprovado que o mesmo desenvolvia a atividade de mercancia de substâncias entorpecentes. A sentença do juízo *a quo* condenou o apelante JOSÉ WALDEGLAUCIO MACHADO ALVES à pena de quatro (04) anos e dois (02) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente sob o regime fechado e ao pagamento de quinhentos (500) dias-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal.

Segundo demonstra o acervo probatório, o fato ocorreu no dia 12 de junho de 2008, por volta das 14h30min., na Rua do Gelo, bairro Edson Queiroz. Policiais militares receberam informações acerca de tráfico de entorpecentes na citada área, findando por efetuar a prisão em flagrante do acusado José ValdeGlaucio Machado Alves, que guardava no interior de sua residência, 8,5 gramas de crack, acondicionadas em 49 pedras.

Desde logo, vale ressaltar que o tipo penal previsto no *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é crime de natureza múltipla ou de conteúdo variado e a prática de qualquer das condutas descritas no preceito primário da norma autoriza a condenação pelo crime de tráfico.

Os elementos de convicção trazidos aos autos consistentes na prisão em flagrante do acusado, após a apreensão da droga; além dos depoimentos extrajudiciais

e em juízo dos Policiais Militares, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta do apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006. A posse e guarda da droga estava clara, em decorrência das informações prestadas pelo próprio apelante, confessando que a substância destinava-se à venda.

Inexistem motivos para duvidar da culpabilidade da conduta do recorrente, eis que o mesmo conhecia a ilicitude do fato. Ademais, os depoimentos das testemunhas de acusação foram claros e consistentes, em demonstrar que o agente foi flagrado na posse de substância tóxica, em condições que evidenciavam ser a mesma destinada à mercancia.

Pugna a Defesa, em suas razões recursais, a reforma da decisão, para aplicar a minorante de 2/3, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa.

A tese defensiva que pleiteia a reforma da sentença para aplicar a minorante de 2/3, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, cabe acolhimento. No caso, o recorrente é primário e possuidor de bons antecedentes, pois nunca foi condenado pela prática de crimes. Por isso mesmo, seguindo a minha linha de entendimento, não se pode dizer que ele se dedica a atividades criminosas. Como também não há prova de que integre organização criminosa, portanto, faz jus à causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Com base nisso, passa-se à nova fixação da pena, partindo da fixada na sentença, lançada no mínimo legal, 5 (cinco) anos de reclusão, que deverá ser reduzida em 2/3, com base no citado § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, passando-a para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, patamar que fica em definitivo concretizada, à míngua de outras causas de diminuição ou de aumento, mantendo-se, no restante, a referida sentença condenatória.

Requer também a defesa a alteração do regime prisional fechado para o aberto, não lhe assistindo razão. Considerando tratar-se de condenação pela prática do crime de tráfico de drogas, cometido em 12/06/2008, o regime inicial de cumprimento de pena estabelecido na sentença decorre de expressa previsão legal.

A Lei nº. 11.464/2007, de 28 de março de 2007, que deu nova redação ao artigo 2º, § 1º, da Lei nº. 8.072/1990, determinou que "a pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado". Tal dispositivo se aplicou ao caso dos autos, porquanto o crime sob exame foi cometido depois de sua vigência.

A fixação do regime fechado, portanto, decorre da própria lei e da natureza do delito em apuração, equiparado a crime hediondo, tido pela jurisprudência como merecedor de maior reprovabilidade. Nesse sentido:

> "[...] II. O regime de cumprimento da pena deve ser o inicial fechado, independentemente do *quantum* da pena, nos termos da Lei 11.464/2007, que deu nova redação ao §1º do artigo 2º da Lei 8.072/90 [...]" (APR

> 20080111282845, Relatora SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 14/01/2010, DJ 01/03/2010, p. 171).

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, igualmente não merece acolhimento.

O artigo 44 do Código Penal assim dispõe:

> "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:
> I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;
> II – o réu não for reincidente em crime doloso;
> III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente".

Na espécie, o recorrente preenche os requisitos objetivos constantes do inciso I do artigo 44 do Código Penal, porquanto a pena aplicada, neste julgamento, é inferior a 04 (quatro) anos – 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão – e o delito não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Quanto aos requisitos subjetivos, verifica-se que o apelante não é reincidente, mas a droga apreendida (8,5 gramas de crack, acondicionadas em 49 pedras) e a natureza da substância entorpecente, de alta potencialidade lesiva e poder viciante, obstam a concessão de tal benefício.

Nessa linha, confiram-se os julgamentos do Tribunal de Justiça dos Distrito Federal e dos Territórios:

> "[...] 2. No caso em apreço, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos não se mostra razoável para fins de repressão nem prevenção do crime, em virtude do tipo de droga, não preenchendo o inciso III, do artigo 44 do Código Penal.
> 3. A natureza da droga apreendida, crack, é devastadora para a saúde do usuário, possuindo alto grau alucinógeno, impedindo, desta feita, a substituição da pena privativa por restritiva de direitos [...]" (APR 20100110156030, Acórdão 458999, Relator SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, 2ª Turma Criminal, julgado em 21/10/2010, DJ 05/11/2010 p. 369).

> "[...] Caberá ao juiz a análise de se aplicar ou não a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com base nos parâmetros objetivos e subjetivos do artigo 44 do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei 11.343/2006. Analisando-se o caso concreto, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, diante das circunstâncias judiciais específicas do crime de tráfico de drogas - natureza e quantidade da droga, pois indicam que a substituição não é suficiente para a repressão e prevenção do crime. [...]". (APR 20100111296819, Acórdão

> nº 489844, Relator JOÃO TIMOTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, julgado em 17/03/2011, DJ 24/03/2011 p. 293).

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa atual de acórdão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal sobre o tema:

> **EMENTA:** APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO MINISTERIAL - "REFORMATIO IN MELLIUS" - POSSIBILIDADE - ANÁLISE FAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL - REDUÇÃO DA PENA-BASE - MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 - CONSERVAÇÃO DE SUA INCIDÊNCIA COM ELEIÇÃO DE NOVA FRAÇÃO - REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA NO FECHADO - EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL. RECURSO PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, REDUZIDA A REPRIMENDA DO APELADO.
> 1. É possível a reforma da sentença em benefício do réu, ainda que se trate de recurso exclusivo da acusação, em virtude da ampla devolutividade da apelação e do princípio da "reformatio in mellius".
> 2. Merece reforma a pena-base, se as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal são favoráveis ao acusado.
> 3. Inexistindo notícia de que o acusado integre alguma organização criminosa ou se dedique exclusivamente às atividades criminosas, até porque é primário e não possui antecedentes, mister a manutenção da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, cuja fração deve ser a máxima legalmente prevista, em virtude da análise favorável das circunstâncias preponderantes do art. 42 da mesma legislação.
> 4. Para o crime de tráfico de entorpecentes, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser o inicialmente fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, modificada pela Lei 11.464/2007. (Apelação Criminal n° 1.0684.10.001918-2/001 - Comarca de Tarumirim - Apelante(s): Ministério Público do Estado de Minas Gerais - Apelado(a)(s): Luciano de Barros Moura ou Luciano Barros Moura - Relator: Exmo. Sr. Des. Rubens Gabriel Soares, Julgado em 07/06/2011 e publicado em 25/08/2011.

Ex positis, emite-se o voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto, tão somente para aplicar a minorante de 2/3, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, condenando-lhe definitivamente à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se, no restante, a referida sentença condenatória.

É o voto.

Fortaleza, 21 de maio de 2012.

Habeas Corpus

Nº: 12408-69.2009.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Itapipoca)
IMPETRANTES: MARIA ERBENIA RODRIGUES E DEODATO JOSÉ RAMALHO JÚNIOR
PACIENTE: FRANCISCO TALVANE TEIXEIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Lunática a afirmação de míngua de fundamentação no decreto de prisão preventiva e, por inferência óbvia, sua patente necessidade, para manter enclausurado o paciente, que chefiava uma quadrilha de mais de vinte narcotraficantes, detentor de quatro títulos prisionais, isso só em Itapipoca.
-O empedernido e escolado infrator das normas penais, está recolhido em presídio de segurança máxima, evidenciada daí, e por derivação, o perfil sinuoso da pretensão libertária deduzida a seu favor, cujo fadário não é outro senão o de ser tangida para o ralo.
-Conhecido e denegado à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- Nos dizeres dos impetrantes, recai sobre o paciente, já nominado, constrangimento ilegal, de vez que é mantido encarcerado por decreto de prisão preventiva desfundamentado, a mais, porque ausentes os requisitos autorizadores da custódia cautelar, daí a necessidade do *habeas corpus.*

Negada a liminar, informações prestadas pela autoridade coatora, sobreveio parecer ministerial sugerindo a denegação da ordem.

É o relatório, posto pela síntese.

2- Os impetrantes deveriam ter referido, mas não referiram, que o paciente é o chefe de uma quadrilha atrevida e ousada de 22 narcotraficantes e homicidas, todos de fora da terra, que importava maconha e cocaína do Rio de Janeiro, assassinou outros traficantes para monopolizar a distribuição das drogas de Itapipoca a Jericoacoara e contava, ainda, com a insigne participação do Delegado de Polícia e de uma advogada militante na região.

Diga-se, de início, que este não é o primeiro *habeas copus* impetrado em favor do paciente. Esta Câmara já julgou outros dois, com fundamentos diversos (2008.0020.9461-0/0 e 2009.0007.1908-5/0), desnudando, assim, o desespero dos impetrantes em libertar o coacto, réu em 4 ações penais, isso só em Itapipoca, com prisões preventivas decretadas em todas elas, recolhido ao presídio de segurança máxima de Catanduvas, a revelar, de plano, sua periculosidade.

Poderia-se firmar o entendimento vertido nessa Câmara de que "sendo o

paciente possuidor de mais de um título prisional e impugnado um deles, apenas, ainda que concedida a ordem esta seria de bradante inutilidade no plano prático. É que a subsistência dos efeitos do segundo título, impediria a soltura. Impetração não conhecida" (TJCE, 1ª Ccrim., rel. Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido, HC 2008.0020.9461-0/0, DJe de 09/09/2008), todavia, impõe-se, em conformidade com o parecer ministerial, análise do mérito.

Lunática a afirmação de míngua de fundamentação no decreto de prisão preventiva, aqui transcritos, por oportuno, alguns trechos para dirimir, de fio a pavio, a maljeitosa afirmação vertida no *writ*: "iniciada a instrução criminal, ainda que não concluída, já se pode vislumbrar o grau de periculosidade do réu, ante as provas até aqui colhidas, nas quais ficou evidente, até pelo fato de que o réu tem condenações em outras Comarcas do Estado por tráfico de drogas, roubo e homicídios, verifica-se a necessidade de mantê-lo preso" e segue: "as testemunhas até esse momento ouvidas, sob custódia do Estado no programa de proteção às testemunhas mostraram-se bastantes amedrontadas, o que, por si só, já seria suficiente para se manter a custódia cautelar do denunciado".

Pelo o que até agora exposto, parece superlativamente óbvia a necessidade da custódia antetempo, a mais, porque se trata de acusado de fora da terra, cujo feito comporta, inclusive, a proteção do Estado às testemunhas, inexistindo, assim "constrangimento ilegal a ser reconhecido se a prisão preventiva do paciente foi imposta de maneira devidamente fundamentada, para garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal e por conveniência da instrução criminal" (STJ, 6ª T., rel. Minª Maria Thereza de Assis Moura, HC 106155/PA, Dje de 14/09/2009).

Bem lembrado por Focault: "Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto, não vemos o que por em seu lugar. Ela é a detestável solução de que não se pode abrir mão".

3– Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ**, por unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer da ordem, mas para denegá-la, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 15 de setembro de 2009.

Nº: 20667-53.2009.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: ERIVALDO RODRIGUES
PACIENTE: EDMAR FERREIRA ALVES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

***-Habeas corpus*.**
-Inexiste legítimo interesse na impetração voltada à revogação de mandado de prisão, expedido em desfavor do paciente sentenciado, cujo édito condenatório passou em julgado, sob o argumento de que já está reinserido no convívio social, requerendo, ainda, ao arrepio da lei, carta de guia sem o encarceramento do réu.
-*Writ* incognoscível.
-*Uno consensu*.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- *Habeas corpus* preventivo direcionado à revogação do mandado de prisão expedido em desfavor do paciente, ante sua condenação de 5 anos e 6 meses de reclusão, regime semi-aberto, pela prática de assalto em concurso de agentes.

Alega-se que apesar da sentença condenatória transitada em julgado, o paciente merece permanecer solto em face de sua ressocialização, a mais, porque ele irá requerer o declínio de competência da Vara das Execuções de Fortaleza para Caucaia, a fim de cumprir a reprimenda próximo à sua família.

Liminar indeferida, informes nos autos, a PGJ é pelo não conhecimento do *writ*.

É o relatório, a curto.

2– Objetividade.

Sem tento nem propósito requerer revogação de mandado de prisão expedido em desfavor do coacto, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, para que cumpra sua sanção, sob o malfadado argumento de que já está reinserido no convívio social, sendo, portanto, desnecessário o encarceramento.

Descabido, também, o pleito, ao arrepio da lei, de se expedir a carta de guia sem o recolhimento do paciente, para que possa requerer o declínio da competência da Vara das Execuções de Fortaleza para Caucaia.

Sabido e ressabido que a Lei nº 7.210/84 condiciona a expedição da guia de recolhimento, por inferência obvia, à prisão do sentenciado e, passado em julgado o édito condenatório, o réu, se ainda não estiver detido, deve ser imediatamente preso.

Na lição de Frederico Marques: "Para que haja interesse de agir, é necessário

que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional" (Elementos de Direito Processual Penal, 1997, Bookseller, vol. I, p. 293).

Habeas corpus desfalcado de condição de admissibilidade e, destarte, incognoscível.

Tollitur quaestio.

3– Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, à unanimidade e nos termos do voto do Relator, em não conhecer a impetração, consoante o parecer da PGJ.

Fortaleza, CE, 7 de dezembro de 2009.

Processo:*Habeas Corpus* nº 0072150-20.2012.8.06.0000
Impetrante: Antonio Ferreira Mendes
Paciente: Evaristo de Sousa Oliveira
Impetrado: Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tamboril
Relatora :Des. Francisca Adelineide Viana

EMENTA: *HABEAS CORPUS.* PENAL E PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA NA SENTENÇA DE PRONÚNCIA.
1. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR CERCEAMENTO DE DEFESA DECORRENTE DA AUSÊNCIA DO RÉU EM AUDIÊNCIA DE INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DESNECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFESA DA DATA DESSE ATO APÓS SUA INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA. SÚMULA Nº 273, DO STJ. ACUSADO DEVIDAMENTE REPRESENTADO POR ADVOGADO DATIVO NO ATO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO.
2. ALEGAÇÃO DE FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA QUANTO À MANUTENÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. DESCABIMENTO. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. PERIGO CONCRETO DE FUGA DO ACUSADO. RÉU FORAGIDO POR PRATICAMENTE 1 ANO, CONTADO DA DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. Ordem conhecida e denegada.
1. O paciente foi pronunciado nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal c/c art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90. O impetrante pugna pela soltura e pela declaração de nulidade de todos os atos processuais a partir da audiência de inquirição de testemunhas de acusação realizada no dia 3 de março de 2011, sob as alegações de carência de fundamentação da sentença de pronúncia quanto à manutenção da custódia cautelar e de ocorrência de nulidade decorrente da ausência do acusado no mencionado ato processual.
2. Não merece acolhimento a alegação de existência de nulidade processual, uma vez que, intimada a defesa da expedição de carta precatória, desnecessário se torna a intimação da defesa sobre a data da audiência, sendo, com efeito, de sua responsabilidade acompanhar o ato, nos termos da Súmula nº 273, do STJ. De outro lado, a ausência de requisição do réu para se fazer presente na audiência realizada

em comarca distinta não implica, por si só, a nulidade do ato, sendo indispensável, para tal, a demonstração do efetivo prejuízo, o que não se verifica *in casu*, na medida em que o ora paciente se encontrava devidamente representado por advogado dativo, que participou ativamente do ato, inclusive formulando perguntas.
3. Tampouco merece guarida a alegação de carência de fundamentação da sentença de pronúncia no que tange à manutenção da prisão cautelar, já que, caso persistam as mesmas razões ensejadoras da decretação da prisão preventiva, desnecessário se faz proceder a uma nova fundamentação por ocasião da prolação da sentença de pronúncia, sobretudo quando não há fatos novos aptos a autorizar a soltura do acusado. Precedentes STJ.
4. Aliás, *in casu*, ao contrário do que diz o impetrante, a sentença de pronúncia está devidamente fundamentada na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, na medida em que a custódia preventiva do paciente foi decretada no dia 19 de agosto de 2009 e só veio este a ser preso no dia 11 de agosto de 2010, portanto, cerca de 01 (um) ano depois daquela determinação, fato que traduz a tentativa de esquivar-se do *jus puniendi* estatal e constitui motivo suficiente para a manutenção da sua custódia cautelar.
5. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de formulados pelo impetrante Antônio Ferreira Mendes, em favor de Evaristo de Sousa Oliveira, contra ato do Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tamboril.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer da presente ordem de *habeas corpus* e denegar-lhe provimento, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de *habeas corpus*, impetrada por Antônio Ferreira Mendes, em favor de Evaristo de Sousa Oliveira, contra ato do Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Tamboril, pleiteando-se a soltura do paciente e a declaração de nulidade dos atos processuais realizados a partir do dia 3 de março de 2011 (fls. 36/39, do processo de origem), isto é, da inquirição das testemunhas de acusação, sob as alegações expostas a seguir.

Narra peça inicial (fls. 1/15) que o paciente foi pronunciado nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal c/c art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.072/90.

Sustenta o impetrante, de um lado, o constrangimento ilegal decorrente da ausência do paciente em audiência em que foram inquiridas testemunhas da acusação em 3 de março de 2011, aduzindo que, portanto, deve ser decretada a nulidade desde o referido ato, pois teria sido arguida tempestivamente e haveria causado prejuízos ao paciente. Contesta, aliás, a falta de requisição deste para estar presente naquele ato processual.

De outro lado, perfilha que o paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da falta de fundamentação idônea para a "ordenação e manutenção da custódia preventiva, haja vista que a segregação cautelar decorre, agora, de novo título, ou seja, pronúncia, não podendo assim, a medida de exceção ser mantida pelos mesmos motivos declinados por ocasião da decretação da prisão preventiva h (sic).

Documentos diversos anexos às fls. 16/89.

Não houve pedido de liminar.

Informações da autoridade impetrada às fls. 99/108.

Parecer da lavra do Ministério Público às fls. 121/125, com manifestação pela denegação da presente ordem de *habeas corpus*.

É o sucinto relatório.

VOTO

Na presente ação constitucional de *habeas corpus*, conforme já esclarecido no relatório, busca-se a soltura do paciente e a declaração de nulidade de todos os atos processuais a partir da audiência de inquirição de testemunhas de acusação realizada no dia 3 de março de 2011 (fls. 36/39 do processo de origem), sob as alegações de carência de fundamentação da sentença de pronúncia no que tange à manutenção da custódia cautelar e de ocorrência de nulidade decorrente da ausência do acusado no referido ato processual.

Examinando detidamente os presentes fólios, observo que não assiste razão jurídica ao impetrante.

Quanto à alegada nulidade da audiência na qual se inquiriram as testemunhas da acusação, sem a requisição do paciente e sem a presença de seu defensor constituído, como bem afirmou o Juiz de primeira instância na sentença de pronúncia de fl. 86, uma vez intimada a defesa da expedição de carta precatória, desnecessário se torna a intimação da defesa sobre a data da audiência, sendo, com efeito, de sua responsabilidade acompanhar o ato.

Aliás, é justamente esse o teor da Súmula nº 273, do Superior Tribunal de Justiça: "Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado".

Por sua vez, é preciso assinalar que a ausência de requisição do réu para se

fazer presente na audiência realizada em comarca distinta não implica a nulidade do ato necessariamente, sendo indispensável, para tanto, a demonstração do efetivo prejuízo, com a violação ao devido processo legal e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que não vislumbro *in casu*.

Isso porque, de acordo com o termo de inquirição de fls. 54/55, o paciente encontrava-se devidamente representado por advogado dativo, que participou ativamente do referido ato, inclusive formulando perguntas, restando evidente que a pretensão do impetrante, aqui, é inteiramente descabida.

Nesse passo, é cediço que o sistema processual penal vigente no Brasil pauta-se no princípio do prejuízo, conforme o qual o reconhecimento de nulidade de um determinado ato depende da ocorrência e da demonstração de prejuízo efetivo para a defesa ou para a acusação ou de comprovação da interferência na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa, nos termos precisos dos artigos 563, 565, 566 e 572.

Tratando do mesmo assunto, Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes explicam o seguinte:

> **g**[O princípio do prejuízo] Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quanto a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício.h

Sem ofensa ao sentido teleológico da norma não haverá prejuízo e, por isso, o reconhecimento da nulidade nessa hipótese constituiria consagração de um formalismo exagerado e inútil, que sacrificaria o objetivo maior da atividade jurisdicional; assim, somente a atipicidade relevante dá lugar à nulidade; daí a conhecida expressão utilizada pela doutrina francesa: *pas de nullité sans grief*. [...]

O CPP deixa bem claro essa distinção [entre dano para o contraditório e comprometimento da correção da sentença] ao prescrever, no art. 563, que 'nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade [*rectius*, da irregularidade] não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'; pretende-se aqui ressaltar a exigência do prejuízo às partes; já no art. 566 estatui que 'não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa', o que quer significar que o ato irregular inócuo, que não chegou a afetar o convencimento judicial, não tem por que ser declarado nulo [...]; o art. 572, II, ainda reforça essas idéias, estabelecendo que certas irregularidades serão relevadas 'se praticado por outra forma, o ato tiver atingido o seu fim' (GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 25).

Quanto à alegada carência de fundamentação da sentença de pronúncia no que tange à manutenção da custódia cautelar, cumpre ressaltar, de início, que, conforme

posição pacífica do Superior Tribunal de Justiça, caso persistam as mesmas razões ensejadoras da decretação da prisão preventiva, desnecessário se faz proceder a nova fundamentação por ocasião da prolação da sentença de pronúncia, notadamente quando inexistem fatos novos aptos a autorizar a soltura do acusado.

Confira-se, por todos, os seguintes e recentes precedentes:

> *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA EM 02.10.2003 E CUMPRIDA EM 18.08.2007. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL.REAL PERICULOSIDADE DO AGENTE. CRIME MEDIANTE PAGA. RÉU QUE PERMANECEU FORAGIDO POR 7 ANOS E SÓ VEIO A SER PRESO APÓS A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE PRONÚNCIA. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*.ORDEM DENEGADA.
>
> **1. Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, caso persistam os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, desnecessária se torna proceder à nova fundamentação quando da prolação da decisão de pronúncia, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado.**
>
> 2. A real periculosidade do réu, evidenciada pelas suspeitas de que o crime fora cometido mediante paga, bem como o fato de ter se evadido do distrito da culpa, são razões suficientes para a manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e eventual aplicação da lei penal.
>
> 3. Parecer do MPF pela denegação da ordem.
>
> 4. Ordem denegada. (STJ - HC 114975 SP 2008/0197066-1, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Data de Julgamento: 09/02/2010, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2010).

> *HABEAS CORPUS*. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. MANUTENÇÃO DA CONSTRIÇÃO CAUTELAR. DESNECESSIDADE DE NOVA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. PERICULOSIDADE DO RÉU. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. EXCESSO DE PRAZO. INEXISTÊNCIA. FUGA DO PACIENTE APÓS PRONUCIADO. ORDEM DENEGADA.
>
> **1. Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, caso persistam os mesmos motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, desnecessário se torna proceder à nova fundamentação quando da prolação da sentença de pronúncia, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado.**
>
> 2. O decreto de prisão preventiva, mantido pela sentença de pronúncia, foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, em face da periculosidade do Paciente, concretamente demonstrada pelo *modus operandi* do delito, cometido de forma vil, com requintes de crueldade.
>
> 3. A teor da Súmula n.º 21 desta Corte, "Pronunciado o réu, fica superada

> a alegação do constrangimento ilegal da prisão por excesso de prazo na instrução".
> 4. Somente se cogita da existência de constrangimento ilegal quando o excesso de prazo for motivado pelo descaso injustificado do juízo, o que não ocorreu na presente hipótese. Consoante informações obtidas no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que ora faço juntar, o Paciente se evadiu no dia 29 de novembro de 2010, único motivo pelo qual ainda não foi submetido ao Tribunal do Júri.
> 5. Ordem denegada. (STJ - HC 139723 PR 2009/0119028-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 15/03/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2011).

No caso sob apreciação, ao contrário do que diz o impetrante, a prisão cautelar, mantida em sede de sentença de pronúncia, foi devidamente fundamentada na necessidade de assegurar a aplicação da lei penal, em face do perigo concreto de fuga dos réus.

Como se observa na decisão de pronúncia à fl. 88, a custódia preventiva do paciente foi decretada em 19 de agosto de 2009, só vindo a ser preso em 11 de agosto de 2010, por conseguinte, cerca de 01 (um) ano após tal determinação, fato esse que traduz claramente a tentativa de esquivar-se do *jus puniendi* estatal. Colaciono abaixo trecho da sentença de pronúncia nesse exato sentido:

> [...] De tudo que foi apurado nos autos, há perigo concreto de que os réus fujam do distrito da culpa. Com efeito, a prisão dos ora pronunciados foi decretada por encontrarem-se foragidos, tendo inclusive sido determinada a citação editalícia e a suspensão do processo.
> É preciso destacar que a segregação cautelar foi decretada em 19.08.2009, e os acusados somente vieram a ser presos em maio e agosto de 2011 [2010] respectivamente, portanto, praticamente 01 (um) ano se passou sem que fosse possível a captura dos réus, o que denota uma vontade de não se submeter à aplicação da lei penalh.a]]

A propósito da prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal, convém assinalar a posição sumulada deste Tribunal de Justiça, bem como a posição da doutrina processual penal:

> **Súmula nº 2 do TJ/CE:** "A ameaça concreta e evidenciada de fuga, bem como a efetiva evasão do distrito da culpa, constituem fundamento para o decreto de prisão provisória, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal".

> "[...] em última análise, é a prisão para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena cominada. O risco de fuga representa uma tutela tipicamente cautelar, pois busca resguardar a eficácia da sentença (e, portanto, do próprio processo)" (LOPES JR., Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade*

> *provisória e medidas cautelares diversas*: Lei 12.403/2011. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 72).

Isso posto, inexistindo vícios tanto na audiência de instrução quanto na decisão de pronúncia vergastadas, CONHEÇO da presente ordem, no entanto, para DENEGAR-LHE provimento, em consonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

Recurso Crime em Sentido Estrito

PROCESSO Nº: 407941-42.2010.8.06.0001/1
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO: 3ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDO: FRANCISCO GUILHERME DE OLIVEIRA NETO
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. REVOGAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. DEFERIMENTO PELO JUÍZO *A QUO*. 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 revogou a prisão preventiva do réu.

2. O magistrado singular fundamentou sua decisão na ausência dos requisitos do art. 312 do CPP, demonstrando, ainda, que o réu possui condições pessoais favoráveis, de forma que não mais se justificava a decretação da prisão preventiva.

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 se torna ilegal, e deve ser imediatamente revogada, o que foi feito pelo magistrado singular, 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 2ª 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, 20 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Crime em Sentido Estrito, interposto pelo Ministério Público, contra a decisão do juiz *a quo* que revogou a prisão preventiva do denunciado (fls. 57/59).

Aduz o recorrente (fls. 61/70) que a decisão atacada carece de

fundamentação, e que continuam presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, merecendo reforma a decisão que a revogou. Requer, ao final, o provimento do recurso e o restabelecimento da prisão preventiva do recorrido.

O recorrido apresentou contrarrazões ao recurso às fls. 80/96, requerendo o improvimento do recurso.

Às fls. 203/204 o juiz singular manteve a decisão, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 207/210, 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 revogou a prisão preventiva do denunciado (fls. 57/59).

Aduz o recorrente (fls. 61/70) que a decisão atacada carece de fundamentação, e que continuam presentes os requisitos ensejadores da prisão preventiva, merecendo reforma a decisão que a revogou. Requer, ao final, o provimento do recurso e o restabelecimento da prisão preventiva do recorrido.

O magistrado singular, em sua decisão de fls. 57/59, entendeu não mais estarem presentes todos os requisitos autorizadores da prisão preventiva, aduzindo que a prisão havia sido decretada para a manutenção da ordem pública, contudo considerando que o réu é tecnicamente primário, possuindo residência fixa e profissão definida, poderia o mesmo aguardar o julgamento em liberdade.

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,

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.

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. 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, o que foi feito prontamente pelo juízo *a quo*, às fls. 57/59.

O magistrado, acertadamente, fundamentou sua decisão na ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, e ainda ressaltou que o réu possuía condições pessoais favoráveis, o que lhe atribuiria o direito à liberdade provisória, até porque ausentes os requisitos da prisão.

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, deve ser revogada 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 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 revogação da prisão, o que foi prontamente atendido pelo magistrado.

Destarte, não havendo justificativa para sua manutenção, por não estarem presentes os pressupostos autorizadores da medida, constantes no art. 312 do Código de Processo Penal, a revogação da prisão preventiva é medida impositiva, não havendo que se falar em ausência de fundamentação da decisão atacada, tampouco em restabelecimento 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, 20 de junho de 2011.

PROCESSO N°: 4273-64.2000.8.06.0071/2
TIPO DE PROCESSO: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 1ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DO CRATO
RECORRENTE(S): DANIEL BENÍCIO DE SOUZA FILHO
RELATORA: DES. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DUPLO HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INDICAÇÃO DA MATERIALIDADE DO FATO E DOS INDÍCIOS DE AUTORIA. PRETENSÃO DE DESPRONÚNCIA. DESCABIMEMTNO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO SOCIETATE*. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO DESPROVIDO.

1. Réu pronunciado nos termos do art. 121, §2º, II, III, e IV, c/c art. 62, I, e artigos 29 e 69, todos do Código Penal Brasileiro, pleiteia a modificação da decisão com o fito de ser despronunciado, apresentando a tese de negativa de autoria.

2. A versão apresentada pelo acusado, em que apresenta álibi, não restou provada de forma patente até o presente momento, restando, dúvidas, inclusive, quanto às circunstâncias qualificadoras do crime.

3. Havendo, nos autos, elementos de convicção suficientes que demonstram a materialidade do fato e os indícios de autoria, inclusive quanto às qualificadoras imputadas, impõe-se a pronúncia do réu, já que prevalece, nesta fase processual, o princípio *in dubio pro societate*, sendo o seu julgamento de competência do Tribunal do Júri.

4. A agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal Brasileiro imputada, equivocadamente, ao recorrente em sede de pronúncia, tão somente na parte dispositiva sem que dela houvesse qualquer menção na fundamentação, deve ser afastada, *ex officio*, por intermédio de simples correção da peça através de ato desta Corte que, mesmo sem embargos das partes, deve assim proceder com o fito de se submeter o réu a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri nos precisos termos em que foi denunciado, termos esses acolhidos na decisão pronúncia, garantindo-lhe a ampla defesa e o contraditório.

5. Recurso conhecido, porém desprovido. Corrigido, *ex officio*, o equívoco constante na sentença de pronúncia, atinente à indevida inclusão de agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal Brasileiro quanto à pessoa do recorrente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso em sentido estrito nº 4273-64.2000.8.06.0071/2, contra sentença de pronúncia exarada na 1ª Vara do Júri na Comarca do Crato, em que é recorrente Daniel Benício de Souza Filho.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, modificando, *ex offício* a imputação constante na pronúncia, decorrente de mero equívoco, para submetê-lo a julgamento pelo Conselho de Sentença por crime previsto no art. 121, §2º, II, III e IV, c/c artigos 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro, nos termos do voto da eminente Relatora.

RELATÓRIO

Trata o presente de recurso em sentido estrito interposto por Daniel Benício de Souza Filho, contra decisão proferida na 1ª Vara da Comarca do Crato, pela qual restou pronunciado nos termos do art. 121, §2º, incisos II, III, e IV, c/c art. 62, I, e artigos 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro.

Face aos princípios da efetividade e da celeridade processual, sirvo-me do relatório da sentença de pronúncia, constante às fls. 2.281/2.309, ressaltando alguns atos processuais importantes para o presente julgamento, inclusive referindo-me a atos anteriores à mencionada decisão, bem como a outros praticados desde então, sem descuidar-me da análise de sua ocorrência segundo os ditames do Código de Processo Penal:

A inicial de fls. 2/7, recebida em 31/01/1989, foi formulada contra a pessoa de Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, aditada, às fls.244/250, por esse último ato restou imputada a coautoria do crime à pessoa de Daniel Benício de Sousa Filho. Ali consta que, na madrugada do dia 02/01/1989, no lugar denominado "Alto das Malvinas", Cidade do Crato, os acusados Daniel Benício de Sousa Filho e Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, acompanhados de outros indivíduos, mediante uso de arma de fogo, ceifaram a vida de Manoel Ferreira Almino de Lima e Soraia Garcia Bezerra de Melo, mediante uso de arma de fogo.

Tal aditamento ocorreu em razão das peças ofertadas pela autoridade policial, pelas quais modificou-se a imputação que foi feita na denúncia, responsabilizando o réu Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, desta feita pelo crime previsto no art. 121, §2º, II, III, IV, e art. 62, I, c/c artigos 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro, e inclusão do corréu Daniel Benício de Souza Filho nas penas do art. 121, §2º, II, III e IV, c/c art. 69 e 29, da mesma lei. Na ocasião foram juntados termos de declarações prestadas na delegacia de polícia por este último réu denunciado, fls. 259, bem como depoimentos de testemunhas, fls.313/319, e laudos de perícias realizadas nas armas apreendidas,

fls.331/339.

Mais à frente, às fls. 355/358, consta interrogatório do réu Daniel Benício de Souza Filho, prestado perante a autoridade judiciária, ato em que negou estivesse dentre as quatro pessoas que praticaram os homicídios narrados na denúncia. Disse que no referido dia se encontrava na Cidade de Barbalha/Ce, portanto não sabia apontar as pessoas que deveriam ser responsabilizadas pelo duplo homicídio então investigado. Disse, mais, que na noite dos crimes deixou uma barraca, isso por volta de 02 às 03 horas da manhã, para levar até em casa as amigas de nome Lindelma, Liduína, Lindicássia, Geane e Socorrinha, no entanto, antes de chegar ao destino, deslocou-se ao Hospital São Vicente para saber como estava um amigo, que se havia envolvido em um entrevero na barraca onde se encontravam naquela mesma noite. Afirmou, ainda, que o porteiro do referido o hospital o viu ali chegar.

Às fls. 359/360, interrogatório em Juízo do corréu, primeiro denunciado, Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, de alcunha Paulo do Ceará, onde confirmou o depoimento prestado perante a autoridade policial, reafirmando que nada tem a ver com o duplo homicídio narrado na denúncia, no entanto, afirmou conhecer Daniel. Afirmou, mais, que o vigia que houvera mencionado haver presenciado o crime, imputando-lhe a autoria dos disparos de arma de fogo contra ambas as vítimas, é uma pessoa mentirosa, pois se declarava nacionalmente conhecido, portanto já o devia ter visto na imprensa.

Seguiram-se, então, as peças regulares do processo.

Às fls. 859/870, decisão de pronúncia proferida em 14/07/1989, de ambos os réus, nos termos do art.121, §2º, II, III, e IV, c/c art. 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro, incluída quanto ao réu Paulo Roberto Cavalcante Sampaio a agravante prevista no art. 62, I, da mesma lei.

Às fls. 888/889 recurso em sentido estrito formulado por ambos os réus, com razões às fls. 900/917 e 919/927, com juízo de sustentação às fls.969/973, vindo à fl. 1.264, certidão de seu julgamento, pela qual se depreende que a 2ª Câmara Criminal, por unanimidade de votos, declarou nulo o processo a partir das razões finais, nulidade essa decorrente de reconhecimento de cerceamento de defesa.

À fl. 1.288, embargos de declarações promovidos pelo réu Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, julgado parcialmente procedente, conforme se vê na certidão de fl. 1.294.

À fl. 1.314, determinada realização de perícia técnica envolvendo o suposto local do crime, sob a alegação de improbabilidade do teor do depoimento da testemunha ocular dos crimes, no caso, o vigia José Batista de Almeida, de alcunha Ronaldo.

À fl. 1.362, consta que o Promotor de Justiça requereu fosse dado cumprimento ao acórdão desta Câmara, mormente ao constante às fls.1.356/1.357, o que foi deferido por decisão de fl. 1.364.

Às fls.1.464/1.545, laudo da perícia realizada no local do crime, abrangendo todas as circunstâncias temporais e espaciais.

Às fls. 1.558/1.560, auto de exame de corpo de delito pós-exumático de

Soraia Garcia Bezerra de Melo, seguido de laudo da mesma natureza realizado na vítima Manoel Ferreira Almino de Lima, à fl. 1.564.

À fl. 1.731, laudo de exame complementar ao laudo nº 595/94.

Às 1.792 e 1.796, quesitos formulados pelos representantes de Daniel Benício e de Paulo Roberto, respectivamente, respondidos pelos peritos.

Às fls. 1.819/1.827, plantas da área da Cidade do Crato, incluído o local indicado pelas testemunhas como de ocorrência do crime.

Às fls. 1.881/1.883 e 1.901/1.905, termos de esclarecimentos dos peritos.

Às fls. 1.929/1.962 novas alegações finais ofertadas pela Promotoria de Justiça, em que requer a procedência da denúncia e de seu aditamento, com a consequente pronúncia dos réus.

Às fls. 1.964/1.976, alegações finais do Assistente Ministerial.

Às fls. 1.980/2.010 e 2.015/2.048, alegações finais ofertadas respectivamente por Daniel Benício e Paulo Roberto, em que requereram modificação da decisão para impronúncia de ambos, sob a alegação de que a prova é frágil, tendo Daniel alegado, ainda, a existência de um álibi, constante às fls.2.001/2.010, e Paulo Roberto argumentado mais que os esclarecimentos prestados pelos peritos no laudo de fls.1.738/1.826 e o teor do laudo de fls. 332 embasam a tese de negativa de autoria.

À fl. 2.062, o réu Paulo Roberto, por seu Defensor, requereu nova oitiva da testemunha José Batista de Almeida, conhecida por Ronaldo, pedido esse deferido, no entanto não consta nos autos tenha sido ouvida em Juízo, juntado somente ofício, à fl. 2.101, da lavra do delegado de polícia civil, no sentido de que foram colhidas declarações extra autos, em que teria referida testemunha afirmado que mentira em Juízo mediante promessa de pagamento.

Às fls. 2.124/2.129, petição da lavra do Assistente do Ministério Público para que fosse expedido ofício ao então Secretário de Segurança Pública e ao Superintendente de Polícia Civil, no sentido de se esclarecer, dentre outros pontos, acerca do cumprimento do mandado de prisão expedido em nome da testemunha ocular do crime e o motivo por que não foi comunicado à Juíza Presidente do feito, bem como acerca das circunstâncias que envolveram a sua prisão, seu recambiamento e a sua permanência em Fortaleza.

Às fls. 2.145/2.148, depoimento prestado pela referida testemunha perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e a Ordem dos Advogados do Brasil.

À fl. 2.278, exceção de suspeição da Excelentíssima Senhora Juíza Presidente do feito, formulada pelo réu Paulo Roberto, indeferida de plano em razão de ausência de procuração hábil.

Conforme já mencionado, às fls. 2.281/2.309 consta a decisão proferida em 28/11/2003, pela qual restaram ambos os réus pronunciados nos termos do art. 121, §2º, II, III e IV, c/c artigos. 62, I, 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro, ato em que foi renovado o decreto de prisão preventiva em nome acusado Daniel Benício de Souza

Filho, sob a fundamentação de se encontrar foragido. Quanto ao corréu Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, não foi exarado decreto prisional, justificada a medida na ausência dos motivos previstos no art.312 do Código de Processo Penal.

Às fls. 2.323/2.347, recurso em sentido estrito ofertado por Paulo Roberto Cavalcante Sampaio, mantida a sentença de pronúncia por decisão de fls. 2.369/2.371, e julgado desprovido às fls. 2391/2401.

À fl. 2.597, certidão pela qual se deflui que, não obstante expedido mandado de prisão, o réu Daniel Benício de Souza Filho se encontrava foragido, impossibilitada a sua intimação pessoal.

À fl. 2.599, expedida carta precatória com o fito de ciência da pronúncia e entrega de alvará, com certidão constante à fls. 2.603.

À fl. 2.609, recurso em sentido estrito em nome de Daniel Benício de Souza Filho, seguido de razões de fls. 2.610/2.629, em que requer seja impronunciado sob a argumentação de ausência de indícios mínimos de co-autoria ou, ainda, participação em "tão hediondo crime".

Às fls. 2.631/2.633, contrarrazões pela manutenção da decisão vergastada, em que foi alegada a inexistência de qualquer nulidade ou causa para sua modificação.

À fl. 2.633v, juízo de sustentação da decisão de pronúncia.

Às fls. 2.641/2.647, parecer da Procuradoria Geral de Justiça em que se manifesta pelo conhecimento e desprovimento do recurso em sentido estrito apresentado pelo réu Daniel Benício de Souza Filho.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso interposto diante da presença dos requisitos de sua admissibilidade.

Compulsando os autos, verifico não merecerem guarida as argumentações ofertadas pelo recorrente. Explico.

Reportando-me à decisão recorrida, constante às fls.2.281/2.309, verifico a sua pertinência e a sua adequação, na medida em que, de forma minuciosa e irreparável, cuidou a Magistrada de averiguar o conjunto probatório e, dentro dos preceitos legais, considerou induvidosa a materialidade do delito(por laudos cadavéricos), e os indícios de sua autoria por parte do também denunciado ora recorrente, indícios esse formados a partir da prova testemunhal, não obstante tenha o recorrente apontado um álibi.

As argumentações que fundamentam a decisão são ricas, considerados os fartos indícios ali apontados, em que pese a tese de negativa de autoria e o mencionado álibi. Nela a Magistrada faz menção aos depoimentos que apontam para a presença do recorrente na cena dos crimes, atuando na condição de coautor, bem como aponta outras circunstâncias que a evidenciam a coautoria. A eles juntam-se as demais provas e indícios constantes nos autos, dos quais necessária se faz a sua indicação, bem como

algumas considerações desta Corte para justificar a manutenção da decisão vergastada.

Os crimes foram praticados à vista de uma testemunha, no caso José Batista de Almeida, conhecido pela alcunha de Ronaldo, vigia que se encontrava a uma distância de cerca de dez metros do local, havendo sido o seu depoimento – fls. 420/425 – colhido na presença da Autoridade Judiciária, do Representante do Ministério Público e dos Representantes dos réus, peça de evidente importância que coloca em dúvida a tese de negativa de autoria apontada pelo recorrente, não obstante o teor do laudo pericial pelo qual se atestou a impossibilidade de viso dos crimes do local onde a testemunha disse que se encontrava. No entanto, como seu teor encontra harmonia com outros indícios constantes nos autos, a ele há que ser dada alguma atenção. Dele colaciono alguns trechos, *in verbis*:

> Que efetivamente assistiu ao momento exato da consumação do crime denunciado pelo Ministério Público; O fato delituoso ocorreu após duas e trinta horas da madrugada daquele dia, posto que a testemunha recorda-se que o relógio da Matriz já havia anunciado aquela hora; a testemunha constatou a existência de dois veículos no local do crime; A testemunha estava a aproximadamente 10 metros desse veículos; Embora não tivesse dado para vislumbrar com exatidão os referidos veículos, pode a testemunha entretanto afirmar que se tratava de automóvel pequeno preto e o outro era um camioneta de cor escura; os veículos estacionaram próximo ao Tiro de Guerra um à frente do outro; O que chamou a atenção da testemunha foi o fato de que um dos tripulantes dos veículo ordenava dizendo "desce"; quatro pessoas vinham no carro preto, enquanto duas ocupavam a camionete; Os dois homens que vinham nos bancos dianteiros do automóvel puxaram as vítimas que vinham no banco traseiro do mesmo veículo; Ao mesmo tempo desceram os ocupantes da camioneta a fim de participarem do fato delituoso; que um deles de tipo médio e vestindo uma blusa preta de manga comprida foi quem ficou segurando a moça; A moça não presenciou o fato pois teve de ficar de costa enquanto tapava os olhos e os ouvidos; Os envolvidos comentavam "Vamos acertar as conta"; Manoel Almino ainda tentou reagir dizendo "É isso que vocês querem?" a moça retrucou dizendo "O que vocês querem de mim" É dinheiro? A testemunha não teve, digo, a testemunha não deu para ver se houve violência sexual contra a vítima.; Um só dos agressores estava armado; durante a luta, Manoel Almino levou uma coronhada com um objeto dos agressores possuía, não tendo entretanto caído ao solo; subsequentemente a testemunha viu quando foram detonados dois tiros contra Manoel Almino, não tendo entretanto visto se ele caiu ao solo; quem atirou na vítima foi Paulo Ceará, desfechando ao todo quatro tiros, dois no início e outros dois quando a vítima caiu; A testemunha afirma ter sido Paulo Ceará, porque ao ser desfechados os tiros contra Soraya, Daniel protestou dizendo: "Porra caralho vamos embora Paulo Ceará que aqui é sujeira". Dois tiros foram desfechados em Soraya. Que no dia em que veio reconhecer Paulo Ceará, a testemunha nunca o tinha visto antes. Daniel usava uma camisa preta de mangas compridas; (…); que soube tratar-se de Daniel porque ele se dirigiu a Paulo e Paulo a ele tratando pelo nome; Antes da efetivação do delito denunciado a testemunha não conhecia nenhum

> dos implicados; No dia do reconhecimento pela primeira vez o depoente viu Paulo do Ceará; Porque quando ele chamou Daniel ajude, digo, para ajudá-lo o referido acusado aproximou-se suficientemente da testemunha propiciando identificá-lo; A testemunha ratifica o que disse acima posto que viu as feições do acusado Paulo Ceará; (…); Quem, segurava Soraya era Daniel; A testemunha viu Daniel levar um negócio ao pescoço de Soraya entretanto não sabe precisar que tipo de objeto; Testificou ainda a testemunha que o veículo camioneta estacionada no lugar do crime tinha uma faixa branca na lateral; A testemunha constatou que Soraya tinha uma faixa no pulso, não sabendo entretanto se no direito ou esquerdo; O local do criem é conhecido por Malvinas.

Também de evidente importância o depoimento da lavadeira de roupas da residência do recorrente, Srª Maria Anália Firmino Alves, constante às fls. 473/473v prestado em Juízo, do qual também colaciono alguns trechos:

> … que conhece a Srª Rosa, mãe do acusado Daniel há mais ou menos um ano, quando passou a lavar roupas para mencionada senhora. Declarou ainda que dona Rosa sempre levava as roupas de Daniel de uma neta e as suas (de Dona Rosa), para serem lavadas por si. Efetivamente no dia 03 de janeiro deste ano uma terça-feira, por volta das 7.00 horas, quando a depoente voltava para casa, recebeu de sua sobrinha Ana Paula Firmino dos Santos umas roupas que haviam sido deixadas por Dona Rosa. Entre as roupas estavam uma camisa de malha e uma calça US TOP pertencentes ao Daniel. Dentre as roupas percebeu que a camisa azul de mangas curtas estava suja de sangue na parte da frente parecendo que havia escorrido sangue. A referida camisa apresentava-se com bastante sangue como também a calça. Na parte detrás da calça encontravam-se resquícios de barro vermelho. As roupas apresentavam-se com mal cheiro com o sangue ressecado. Para retirar os resquícios de sangue das roupas, colocou-as em água fervente e para quarar passando uma escova posteriormente. As outras roupas entregues por dona Rosa. A depoente tem absoluta certeza que se tratava de sangue. (…). Após tomar conhecimento do crime, a depoente ficou preocupadíssima pelo fato de ter lavado as roupas ensanguentadas do Daniel. Com a preocupação que lhe avultou a consciência a depoente contou o fato a Tereza sua vizinha. Ao tomar conhecimento do depoimento da testemunha dona Rosa procurou ontem a depoente, demonstrando sintomas de nervosismo e afirmou que queriam condenar o seu filho. Que conhece bastante a camisa que lavou e ao lhe ser mostrada a camisa identificada pelo vigia e apreendida pela polícia declarou que não era esta a camisa que havia lavado; (…); a camisa do Daniel lavada pela depoente já havia sido lavada outras vezes anteriormente. Porém com manchas de sangue foi a primeira vez. Tratava-se de uma camisa azul claro sem bolso e malha, tendo algumas estampas de tecido.

Esse depoimento foi confirmado perante a autoridade policial pela testemunha Teresa Pinto Torres, vizinha da Srª Anália, cujos trechos seguem *in verbis*:

> Disse a depoente que conhece MARIA ANÁLIA LAVES, conhecida por D. Nainha há bastante tempo, pois são vizinhas; Que no começo do mês de janeiro do presente ano, não recordando a data exata, a depoente teve uma conversa com D. Nainha, isto na própria residência da depoente, quando D. Nainha disse: "Teresa, eu lavei a roupa do DANIEL e a mesma estava bastante suja de sangue", afirmando também que "a camisa azul do mesmo estava com muito sangue"; (…); Que a depoente recorda que D. Nainha havia lhe dito este fato logo após terem surgidos os fatos que culminaram com o assassinato de Manoel Almino e Soraia Bezerra.

Por outro lado, a Defesa apresentou o depoimento de Maria Liduína da Silva como álibi, no entanto, existem algumas contradições entre suas declarações e as prestadas pelo recorrente, ali constando os seguintes trechos, *in verbis*:

> ...que a depoente é irmã da namorada de Daniel Benício; (…); Que no dia primeiro de janeiro do ano em curso, a depoente juntamente com suas irmãs de nomes Maria Lindelma da Silva e Maria Lindicássia da Silva saíram de casa por volta das 20:00 horas e se dirigiram para a churrascaria Beira-Brejo onde merendaram; Que, em seguida, a depoente com suas duas irmãs rumaram para a direção da Engenheiro Dória, onde após darem uma volta, resolveram sentar-se na barrada de Luciana Francelino; Que logo em seguida foram chegando alguns amigos, roberto Danilo, Romeu irmão roberto, João Eudes, Antônio Cilmo, Socorro e uma turma de Ibiapina composta de cinco pessoas; Que por volta das 22:00 horas chegou à barraca de Luciano Francelino o acusado Daniel Benício de Souza Filho e sentou-se na mesa onde estava a depoente e seus amigos; Que por volta de duas horas e trinta minutos da manhã do dia dois de janeiro do ano em curso se dirigiram para sua residência; Que durante o período em que depoente permaneceu na barraca do Luciano Francelino não ocorreu nenhum incidente na referida barraca, tampouco nas vizinhas, que chamasse a atenção da depoente; (…); Que a turma que foi deixar a depoente e suas irmãs na sua casa era composta dos cinco integrantes da turma de Ibiapina, além de suas irmãs, Daniel, Danilo, Geane, Socorro; Que a turma da depoente ao chegar ao defronte ao Hospital São Vicente de Paulo, foi abordada, na pessoa de Daniel por um motorista de táxi que pediu que ele fosse até o ambulatório do Hospital São Vicente; que a turma de Ibiapina seguiu para casa, enquanto Danilo ficou na pracinha fazendo companhia a depoente e suas irmãs para que Daniel fosse no ambulatório do Hospital São Vicente para verificar o que tinha ocorrido; (…); que a depoente sabe informar que Daniel Benício estava trajando camisa azul estampada...(grifos nossos)

Nesse ponto, a Defesa argumenta, inclusive apresenta provas, de que o recorrente esteve no referido hospital com a intenção de saber do estado de saúde de um amigo que se houvera envolvido em uma briga na barraca onde todos estavam, no entanto Maria Liduína disse não haver ocorrido qualquer incidente na referida barraca desde a hora em que chegou – antes do recorrente, até a hora em que todos saíram de lá juntos, inclusive Daniel foi quem a levou, tanto a si como a suas irmãs, para casa.

Há também que ser considerado o fato de que Soraya foi morta por degolamento parcial, a teor do laudo acostado aos autos, e que no período entre as festas de natal e o crime, Daniel Benício pediu emprestado um canivete à pessoa de Antônio Roberto de Souza, o qual não lhe foi restituído, observado o fato de que referida testemunha foi procurada pela genitora do recorrente, que lhe entregou outro em substituição e pediu que nada comentasse com Daniel Benício. Isso também está relatado no depoimento constante nos autos, com trechos que colaciono a seguir, *in verbis*:

> Que na véspera de Natal, entre 14:30 e 15:00 horas, o depoente encontrou Daniel Benício de Sousa Filho na barraca de "Dodó", localizada na Praça Engenheiro Dória; que o depoente trazia consigo um canivete e estava raspando um talo de uma palha de coqueiro de uma das barracas; Que Daniel Benício de Souza Filho, ao ver o depoente com referido instrumento pediu pra olhar o mesmo e em seguida perguntou ao depoente se daria para emprestá-lo; (…); Que romeu mandou que o depoente emprestasse o canivete a Daniel Benício de Souza Filho; (…); que Daniel Benício de Souza Filho respondeu para o depoente que no dia seguinte lhe devolveria o canivete; Que Daniel Benício de Souza Filho respondeu para o depoente que no dia seguinte lhe devolveria; (…); Que Daniel Benício de Souza Filho disse para o depoente que o canivete encontrava-se na casa do Sr. Joaquim Teles; (…); que Daniel Benício de Souza Filho sempre respostava dizendo que o canivete estava na casa do Sr. Joaquim Teles; Que durante a semana que antecedeu o ano novo, num dia da semana que o depoente não recorda, encontrou o elemento conhecido como Daniel Bezerra de Souza Filho e indagou-lhe a respeito do canivete; Que Daniel Bezerra de Souza Filho respondeu-lhe que havia perdido o canivete e, em seguida, deu ao depoente um outro canivete, como forma de pagamento; (…); Que dias depois, o depoente foi procurado pela mãe de Daniel Benício de Souza, na Prefeitura Municipal de Barbalha, oportunidade em que a referida senhora ofereceu um canivete ao depoente; (…); Que o canivete que o depoente portava e que foi emprestado ao Daniel Benício era de aproximadamente vinte centímetros, sendo sete de lâmina e de cor preta o cabo; (…) Que a mãe do Daniel ao procurar o depoente ofereceu-lhe um canivete do mesmo jeito que o depoente havia emprestado a ele Daniel e em troca queria apenas que o depoente lhe dissesse que teria recebido de Daniel...

Ressalto, por oportuno, que sendo esta fase antecedente ao julgamento pelo Conselho de Sentença, não há motivos para que se afaste a análise do depoimento prestado pelo mencionado vigia, o qual foi coletado, repito, na presença da autoridade judiciária, do Representante do Ministério Público, e dos advogados, ali garantidos o contraditório e a ampla defesa. Nesse diapasão, atenta aos dizeres da Magistrada *a quo,* observo, ainda, que a prova colhida através do depoimento da referida testemunha perante a Assembleia Legislativa há que ser analisada com cuidado, porque não colhida em Juízo, em regular procedimento, não havendo nos autos justificativa para tal. Ademais,

ela não é o único indício em desfavor do recorrente, ao contrário, soma-se aos outros já mencionados que instalam no feito dúvidas que somente poderão ser dirimidas pelo Conselho de Sentença, dada a sua inafastável competência de natureza constitucional.

Dessa maneira, a partir do conteúdo do caderno indiciário e do que foi colhido em sede de instrução probatória, constato que não restou demonstrado, até então, esteja o recorrente acobertado pelo manto de qualquer excludente de ilicitude a demandar um decreto de absolvição sumária, nem configurada prova, ou ainda, ausência de indícios suficiente para a pretendida despronúncia, uma vez que para reconhecê-la, é necessária a existência de prova incontroversa, nítida e estreme de dúvidas. Havendo dúvida, seja por contradição entre depoimentos, seja em razão de parco o caderno inquisitorial, repito, deve o juiz proferir a sentença de pronúncia contra o acusado, em razão do princípio *in dubio pro societate*, o qual prevalece essencialmente no processo penal do júri nessa fase que lhe é peculiar.

Convém ressaltar que tal decisão apenas encerra um conteúdo declaratório em que o Magistrado proclama a admissibilidade da acusação, a fim de que o réu seja submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Nessa perspectiva, de acordo com o ponderado entendimento doutrinário de Heráclito Antônio Mossin:

> "[...] jamais se pode perder de vista que a subtração do acusado de seu juízo natural, que é o júri popular, é mecanismo processual de singular exceção, somente tendo cabimento quando a prova encartada nos autos demonstrar de forma clara, evidente e insofismável, a ocorrência de circunstância ou causas autorizadoras desta modalidade de absolvição. Nesta ordem de consideração, havendo dúvida ou incerteza sobre qualquer causa encartada no art. 415 do Código de Processo Penal, que conduza à dúvida, à incerteza, cumpre ao magistrado pronunciar o acusado, uma vez que no sumário de culpa prepondera a incidência do *in dubio pro societate* e não o *in dubio pro reo*" (MOSSIN, Heráclito Antônio. Júri**:** crimes e processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 294).

Não é distinta, aliás, a posição sedimentada da jurisprudência, inclusive desta Corte, conforme colaciono a seguir:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 17427-53.2009.8.06.0001/1
> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. 1. PRELIMINARES. REJEIÇÃO. 1.1. NULIDADE ABSOLUTA. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUDIÊNCIA REALIZADA SEM A PRESENÇA DO ADVOGADO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. A simples ausência da assinatura do advogado de defesa no termo de audiência, não leva, inexoravelmente, à conclusão de que o ato foi praticado à sua revelia, mormente quando se constata que houve indagações da defesa às testemunhas, o que comprova a presença do patrono dos réus. 1.2. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA.

> IMPROCEDÊNCIA. Não se nomina de desfundamentada, decisão que se reporta, e é o que interessa, aos indícios de autoria e materialidade, assim como às qualificadoras nominadas na denúncia. Exigir mais, poder-se-ia incorrer no vício do chamado "excesso de linguagem".2. MÉRITO. 2.1. IMPRONÚNCIA E ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. IMPROCEDÊNCIA. Havendo prova da materialidade delitiva e indícios suficientes de autoria, remete-se o acusado a julgamento pelo júri que é o órgão constitucional e soberanamente legitimado para valorar os crimes contra a vida. 2.2. EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS. DESCABIMENTO. 2.2.1. As qualificadoras admitidas na decisão de pronúncia comportam retirada somente quando manifestamente improcedentes e de todo descabidas, conforme enunciado nº 03 da súmula da jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio *in dúbio pro societate*." (2ª Cam.Crim – Rel. Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo – reg. em 9/9/2011)

> Recurso em Sentido Estrito 7290515201080600000
> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - HOMICÍDIO SIMPLES - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - PRETENSÃO DEFENSIVA DE IMPRONÚNCIA OU ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA COM BASE NA NEGATIVA DE AUTORIA – TESE INCOMPROVADA DE FORMA SEGURA, INCONTROVERSA. PROVA DA MATERIALIDADE - INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA - PRONÚNCIA MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. I- Apenas se a negativa de autoria se revelar de plano evidente, incontroversa e absolutamente certa, admite-se a impronúncia ou absolvição sumária do inculpado. II - Na espécie, prova contida nos autos autoriza a manutenção da sentença de pronúncia, inviabilizando a acolhida do pleito defensivo de despronúncia, por insuficiência probatória ou por negativa de autoria. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (1ª Cam. Crim, - Rel. Des. Francisco Pedrosa Teixeira – reg. Em 31/8/2011).

Assim sendo, verificando que foram devidamente demonstrados os indícios de autoria e a materialidade do fato, inobstante o álibi apontado, bem como pelo fato de inexistir nos autos prova evidente e irrefutável que conduza ao reconhecimento de qualquer excludente de ilicitude e, ainda, contundente para permitir a despronúncia do réu – ao invés, pairam dúvidas quanto à tese por ele ofertada –, torna-se descabido o pedido formulado.

Nesse sentido, sentido, vem a lição do mestre Heráclito Antônio Mossin:

> "... Logo, se as provas encartadas nos autos não permitem de plano, se mostrarem conflitantes, gerando, por conseguinte, dúvidas, o magistrado deve pronunciar, ficando a cargo do Conselho de Sentença a matéria sobre

a culpabilidade do imputado[1]. Isto porque, no campo do processo penal abordado a dúvida milita em favor do júri popular – *in dubio pro societate*, e jamais em prol do réu – *in dubio pro reo*[2].

No campo jurisprudencial, há uma gama considerável de expressões para afastar o pleito desclassificatório: dúvida a respeito do dolo e não detectável de plano o suporte fático da desclassificação na fase da pronúncia[3]; dúvida quanto ao intuito de matar[4]; dúvida razoável quanto à existência de vontade de matar[5]; existência do *animus necandi*[6]; inexistência de certeza plena de que os réus desejavam matar a vítima[7]; indícios de que o réu atingiu a vítima com a vontade de matar[8]; fortes elementos nos autos indicativos do dolo do homicida[9]; dúvida sobre a intenção do agente[10]; dúvida sobre o elemento animador da conduta do acusado[11]; ausência de *animus necandi* não comprovada[12].

---

1 Rt 783/735, 776/651, 648/275; TJMG – Proc 1.0684.05.930496-5/001(1) – 2ª Câm. Crim. - Rel. Hyparco Immesi – Publi. 09/09/2005; TJMG Proc. 10024.04.498731-1/001(1) – 2ª Câm. Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro – Publ. 16/09/2005.

2 HC 43.550/SP – 5ª T. Relª Minª Laurita Vaz – DJU 01/05/2005, p.504; TJMG – Proc 1.0024.04.798731-1/001 2ª Câm. Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro – Publ. 16/09/2005.

3 TJDFET – RSE 20040210024289 RSE DF – 1ª T. Crim. Rel. Mário Machado – DJU 05/10/2005, p.74.

4 TJDFET – RSE 1998081001779RSE DF – 1ª T. Crim. Rel. Édson alfredo Smanioto – DJU 31/08/2005, p.116.

5 TJDFET 19990310010829 rse DF – 1ª T. Crim, - Rel Sérgio Bittencourt – DJU 05/10/2005, p.74.

6 TJDFET – RSE 20030810020563 RSE DF – 2ª T. Crim. Rel. Romão C. Oliveira – DJU 05/10/2005. p.93; TJDFET- RSE 119801104590783 RSE DF – 1ª T Crim. Rel. Romão C. De Oliveira – DJU 22/05/2005, p.75.

7 TJMG - Proc. 1.0439.02.008054-5/001(1) – 3ª Cam. Crim. Rel. Kélson Carneiro – Public. 09/09/2005.

8 TJMG – Proc. 1.0024.03.987523-2-2/001(1) – 2ª Câm. Crim. Rel. José Antonino Baía Borges – Publi. 06/09/2005.

9 TJMG – Proc. 1.0543.05.930647-1/001(1) - 1ª Câm. Crim. Rel.ª Márcia Milanez – Publi. 06/09/2005

10 TJMG – Proc. 1.0637.02.016137-7/001(1) – 1ª Câm. Crim. Rel. Sérgio Braga – Public. 16/09/2005.

11 TJMG – Proc. 1.0024.02.830233-9/001(1) – 1ª Câm. Crim. - Rel. Armando Freire – Public. 13/09/2005

12 TJMG – Proc. 1.00240.05.627384-0/001(1) – 3ª C^Çam. Crim. - Rel. Paulo Cézar Dias – Publ. 22/09/2005.

12 **SÚMULA 709**: Salvo QUANDO NULA A DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU, O ACÓRDÃO QUE PROVÊ O RECURSO CONTRA A REJEIÇÃO DA DENÚNCIA, VALE, DESDE LOGO, PELO RECEBIMENTO DELA".

Ao final, malgrado a excelência e o zelo de que se revestiu a decisão de pronúncia, onde a Magistrada demonstrou ter total conhecimento do caso em apreço, faz-se necessário esclarecer que, talvez por mero equívoco, vê-se que, na parte dispositiva da decisão atacada, consta a pronúncia de ambos os réus nos termos do art. 121, §2º, II, III e IV, e art. 62, I, c/c art. 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro.

Ocorre que, na mesma decisão, consta, à fl. 2.285, que houve aditamento à denúncia, às fls. 250/256, recebido no dia 23/02/1989, pelo qual houve a modificação da imputação inicialmente feita ao corréu Paulo Roberto Cavalcante Sampaio – art. 121, §2º, II, III e IV, c/c artigos 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro – para a prevista no art. 121, §2º, II, III e IV, c/c art.62, I, e ainda, artigos 69 e 29, todos da referida lei. No mesmo ato, o Promotor de Justiça requereu a inclusão do ora recorrente, Daniel Benício de Souza Filho, na ação, na condição de corréu, imputando-lhe a prática do crime previsto no art. art. 121, §2º, II, III e IV, c/c artigos 69 e 29, da mesma lei.

Ressalto que, a teor da própria decisão de pronúncia, não se vislumbra nos autos qualquer ato pelo qual a imputação feita ao recorrente haja sido, de forma fundamentada, modificada, até porque não haveria ocasião processual para tanto, salvo em sede de alegações finais, o que não ocorreu, conforme se vê na peça de fls. 1.929/1.962. Nessa ocasião, observo, ainda, que houve inovação nas razões finais da Promotoria de Justiça para qualificar o motivo do crime, antes tido como fútil (inciso II) para o motivo torpe (inciso I), no entanto, por ocasião da decisão, a Magistrada *a quo* manteve as qualificadoras indicadas na denúncia e no aditamento, sendo certo que, quanto a isso, não houve recurso ministerial ou do assistente, estando a matéria nesse ponto preclusa.

Assim, vejo a necessidade de correção de mero equívoco, inclusive com o fito de dar regular procedimento ao feito, evitando-se, com isso a submissão do recorrente a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri, pesando-lhe, de forma equivocada e desarrazoada, a agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal Brasileiro.

ISSO POSTO, por entender que não há qualquer reparo de cunho material a ser feito na sentença vergastada, em consonância com o parecer ministerial, voto pelo conhecimento do recurso, mas para lhe negar provimento, mantendo a sentença de pronúncia em todos os seus termos, salvo no que diz respeito à equivocada menção da agravante prevista no art. 62, I, do Código Penal Brasileiro quanto à pessoa do recorrente, determinando, assim, a submissão do réu Daniel Benício de Souza Filho a julgamento pelo Tribunal Popular do Júri sob a acusação de cometimento do crime previsto no art. 121, §2º, II, III e IV, c/c artigos 69 e 29, todos do Código Penal Brasileiro.

É como o voto.

Fortaleza, 10 de outubro de 2011.

R.S.E. Nº: 46320-23.2010.8.06.0000/0
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE PARACURU/CE
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDA: JAQUELINE DA COSTA FERREIRA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1a. CÂMARA CRIMINAL – TJCE.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE DROGAS – RELAXAMENTO DA PRISÃO - EXCESSO DE PRAZO NO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA – OCORRÊNCIA - RECURSO MINISTERIAL - RÉ SOLTA HÁ MAIS DE DOIS (02) ANOS - RESTABELECIMENTO DA SEGREGAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – DECISÃO MANTIDA - RECURSO IMPROVIDO.

I – Nos crimes de entorpecentes, o art. 54 da Lei 11.343/2006, prevê prazo de dez (10) dias para oferecimento da denúncia.

II - Na espécie, a exordial acusatória somente foi ofertada vinte e oito (28) dias após a conclusão do inquérito policial, mesmo tratando-se de ré presa, o que, sem dúvidas, caracteriza excesso prazal, impondo o relaxamento da prisão.

III - Frise-se, ainda, que a liberação da denunciada ocorreu há mais de dois (02) anos, não havendo notícias de que, nesse período, tenha representado riscos à sociedade, tentado furtar-se à aplicação da lei penal, inviabilizando ou prejudicando a instrução criminal. Irrecomendável, portanto, seu retorno ao cárcere.

IV - DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal do TJCE, à unanimidade, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL contra decisão do MM. Juiz de Direito da 3ª. Vara da Comarca de Maracanaú/Ce, que relaxou a prisão preventiva de JAQUELINE DA COSTA FERREIRA, acusada da prática, em tese, do crime previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos, por vislumbrar, na espécie, excesso prazal no oferecimento da delatória.

Nas razões (fls. 03/06), busca o *parquet*, a reforma da decisão atacada, alegando, em síntese, inexistência do excesso de prazo.

Contrarrazoado o recurso (fl. 76/77), subiram os autos.

Pelo despacho de fl. 90, determinei o retorno dos autos ao magistrado de primeiro grau para observância do disposto no art. 589, parágrafo único, CPP.

Decisão mantida no juízo de retratação (fls. 107/113), foram os fólios com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que emitiu parecer opinando pelo improvimento do reclamo (fls. 120/123).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

VOTO:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Todavia, a irresignação ministerial, desmerece guarida..

No caso vertente, a prisão em flagrante da recorrida se deu em 29.JUL.2009. O Inquérito Policial encaminhado ao Poder Judiciário em 06.08.2009 (fl. 49), sendo distribuído em 07.08.2009 (fl. 50). Após a negativa do pleito de liberdade provisória, a custódia preventiva da indiciada ocorreu em 10.08.2009 (fl. 68/69).

No entanto, a inicial acusatória, somente foi ofertada no dia 02..09.2009, sendo protocolada na Secretaria da Vara no dia 04.09.2009 (fls. 70/72), quando já decorridos mais de trinta e cinco (35) dias da segregação cautelar, ultrapassando o prazo de dez (10) dias previsto no art. 54 da Lei n. 11.343/06.

De fato, a demora injustificada na oferta da denúncia, representa excesso de prazo, sendo corolário o relaxamento da prisão.

Demais disso, a liberação da denunciada ocorreu há mais de dois (02) anos, não havendo notícias de que, nesse período, tenha representado riscos à sociedade, tentado furtar-se à aplicação da lei penal, inviabilizando ou prejudicando a instrução criminal. Irrecomendável, portanto, o retorno da recorrida ao cárcere.

Nesse sentido:

> […] Impossível o restabelecimento da prisão cautelar se constatado o interregno de mais de 1 (um) ano da concessão da liberdade sem que se tenha notícia de que o réu voltou a delinquir. Ausentes os pressupostos do art. 312 do CPP" (**TJDFT - RSE n. 20081010061466 – 1a. Turma Criminal – Rel. Desª Sandra de Santis , j. 25.03.2010).**
>
> **EMENTA:** RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. **ROUBO MAJORADO**. CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. MANUTENÇÃO. Não obstante a natureza e circunstâncias do fato, como o réu se encontra solto há mais de 01 ano e nenhum dado novo negativo é noticiado nos autos, inadequado seria, neste momento, a restauração do decreto preventivo. RECURSO DESPROVIDO. **(TJRS - RSE Nº 70041084765, Oitava Câmara Criminal, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 18/05/2011)**

Irreparável, portanto, a decisão singular.

DISPOSITIVO:

Por tais razões, em consonância com o parecer da PGJ, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza 24 de abril de 2012.

PROCESSO Nº: 0005665-72.2011.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE.
RECORRENTE: ANTONIO CARLOS DE ANDRADE NASCIMENTO
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1a. CÂMARA CRIMINAL

EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA – RECURSO DEFENSIVO – PRELIMINAR DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - REJEIÇÃO - EXTIRPAÇÃO DA QUALIFICADORA DA FUTILIDADE – INVIABILIDADE – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

I - Na espécie, a decisão combatida não apresenta vício capaz de ensejar nulidade. Embora de forma sucinta, o pronunciante apontou a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, baseando-se no depoimento prestado pela testemunha Francisco Alexandre Braga Almeida, que, em juízo, ratificou as declarações prestadas na fase inquisitiva, apontando o réu como provável autor do homicídio. Preliminar afastada**.**

II - Inviável, ainda, o afastamento da qualificadora da futilidade, por não ser a mesma manifestamente improcedente ou descabida. Há, nos autos, sinais de que o delito tenha sido motivado pelo fato de a vítima ter furtado uma bicicleta do acusado. Em tese, há desproporção entre a causa e o resultado, o que, a princípio, retrata a futilidade.

III - Destarte, compete aos jurados, após os debates em plenário, decidir se houve ou não atitude desproporcional entre a conduta do agente e sua motivação.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª. CÂMARA CRIMINAL desta Egrégia Corte de Justiça, à unanimidade, negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a decisão fustigada, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 07 DE FEVEREIRO DE 2012.

I - Relatório:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por ANTONIO CARLOS DE ANDRADE NASCIMENTO contra decisão que o pronunciou como

incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. II, do Código Penal Brasileiro, submetendo-o a julgamento popular perante o Tribunal do Júri, por ter, segundo a acusação, no dia 02 de fevereiro de 2009, por volta das 7:00 horas, na localidade denominada "Lixão", na Cidade de São Gonçalo do Amarante, neste Estado, utilizando-se de arma de fogo (revólver), assassinado Adriano Ferreira Camelo.

Nas razões (fls. 144/147), suscita preliminar de nulidade da pronúncia, por ausência de fundamentação, uma vez que o julgador não teria externado os motivos que formaram seu convencimento no tocante a presença dos indícios suficientes da autoria delitiva. Meritoriamente, postula a extirpação da qualificadora da futilidade.

Contrarrazões ministeriais (fls. 149/151) e manifestação da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 173/177), pugnando pelo conhecimento e improvimento.

Decisão mantida no juízo de retratação (fl. 167)

Feito que independe de revisão.

É o relatório.

II – Voto:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pronunciado nas tenazes do art. 121, § 2º, inc. II, CP, busca o recorrente a nulidade da decisão, por ausência de fundamentação, e, no mérito, o afastamento da qualificadora do motivo fútil.

Razão não lhe assiste.

Para a pronúncia, mero juízo de admissibilidade da acusação, exige o ordenamento jurídico que o magistrado limite-se à existência da materialidade do delito e indícios suficientes da autoria ou participação, evitando um exame aprofundado da prova, a fim de não influenciar no convencimento dos jurados, juízes naturais da causa.

A preliminar de nulidade improcede, visto que só a decisão absolutamente carente de fundamentação pode ser cassada, não, porém, aquela de motivação sucinta.

Na espécie, a decisão combatida (fls. 140/142), não apresenta vício capaz de ensejar nulidade. Embora de forma breve, o pronunciante apontou a prova da materialidade do fato e os indícios suficientes de autoria, baseando-se no depoimento prestado pela testemunha Francisco Alexandre Braga Almeida, que, em juízo, ratificou as declarações prestadas na fase inquisitiva, apontando o réu como provável autor do homicídio.

Destarte, percebe-se que o édito hostilizado respeitou a limitação jurídica imposta ao Julgador, não padecendo da mácula apontada.

Como dito alhures, exame mais acurado no mérito da causa, seria capaz de influenciar a decisão do Conselho de Sentença, de modo a caracterizar usurpação da competência constitucionalmente conferida ao Tribunal do Júri.

Por tais razões, rejeito a preambular levantada.

Quanto ao mérito, melhor sorte não socorre o recorrente.

Cediço que só deve ser excluída da pronúncia a qualificadora manifestamente improcedente e de todo descabida, não sendo este o caso dos autos.

Na hipótese em análise, há sinais de que o delito tenha sido motivado pelo fato de a vítima ter furtado uma bicicleta do acusado. Em tese, há desproporção entre a causa e o resultado, o que, a princípio, retrata a futilidade.

Todavia, compete aos jurados, após os debates em plenário, decidir se houve ou não atitude desproporcional entre a conduta do agente e sua motivação.

Correta, portanto, a decisão singular. Nada a reparar.

III – Dispositivo:

Diante do exposto, em harmonia com o parecer da PGJ, nego provimento ao recurso, mantendo *in totum* o *decisum* hostilizado.

É como voto.

Fortaleza 28 de fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº: 72899-08.2010.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO

JUÍZO DE ORIGEM: 2a. VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: CIRO JOSÉ RAMOS MOREIRA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1a. CÂMARA CRIMINAL

EMENTA: HOMICÍDIO QUALIFICADO – RECONHECIMENTO DA LEGÍTIMA DEFESA – DENÚNCIA – REJEIÇÃO LIMINAR - IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO RECEBIDO COMO APELAÇÃO – DECISÃO COM FORÇA DE DEFINITIVIDADE (Art. 593, II, CPP) – APLICAÇÃO DO PRINÍCPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL - EXCLUDENTE QUE NÃO SE APRESENTA SEGURA, INDUVIDOSA, A JUSTIFICAR, DE PLANO, SUA CONFIGURAÇÃO - DECISÃO REFORMADA - RECURSO PROVIDO.

I - A decisão hostilizada, dando fim ao processo, pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa, tem força de definitividade, sendo atacável através de apelação (art. 593, II, CPP).

II – Destarte, atento ao bem lançado parecer da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Lúcia Maria Bezerra Gurgel, já referido, bem como ao princípio da fungibilidade recursal (art. 579, CPP), recebo o recurso em sentido estrito como apelação.

III - De fato, a legítima defesa é causa de exclusão de ilicitude (CP, art. 25). Contudo, é necessário que haja, nos autos, provas irrefutáveis capazes de informar inequivocadamente a ocorrência da referida excludente .

IV - No caso vertente, prematura a decisão fustigada, posto que, a prova colhida no caderno investigatório, não permite concluir, de plano, que o denunciado agiu sob o pálio da prefalada excriminante.

V - Denota-se, a princípio, que a rejeição liminar da exordial acusatória, frustando o início da persecução penal, retirou do autor da ação penal a possibilidade de provar os fatos alegados na referida peça.

VI – Frise-se, ainda, que não se está aqui a emitir juízo de valor sobre os fatos, até porque, vedado legalmente, mas tão somente a determinar que eles sejam devidamente apurados, observando-se os sagrados princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

DECISÃO REFORMADA – RECURSO PROVIDO – DENÚNCIA RECEBIDA (SÚMULA 709 – STF).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª. CÂMARA CRIMINAL desta Egrégia Corte de Justiça, à unanimidade, acolher o recurso como apelação, dando-lhe provimento, para o fim de receber a denúncia, impondo-se o regular processamento do feito (Súmula 709 –

STF), nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 31/01/2012.

1 - Relatório:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado pelo Representante do Ministério Público, inconformado com a decisão de fls. 100/108, do Juízo de Direito da 2a. Vara do Júri desta Capital, que fulcrado no art. 395, III, do CPP, rejeitou a denúncia ofertada contra Ciro José Ramos Moreira, acusado pela prática, em tese, do crime previsto no art. 121, § 2º, incs. III e IV), a pretexto de ausência de justa causa para o exercício da ação penal, entendendo ter o denunciado agido sob o pálio da legítima defesa própria e do patrimônio (arts. 23, II e 25, CP).

Nas razões (fls. 117/119), sustenta o recorrente, em síntese, que o reconhecimento da excriminante exige prova irrefutável sobre a qual não paire dúvida, sob pena de ofensa à competência constitucional do Tribunal do Júri, postulando a reforma do *decisum*, com o recebimento da delatória e prosseguimento da ação, em seu regular trâmite.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 127/132) e, mantida a decisão (fls. 133/138), subiram os autos. Nesta Corte, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 144/148).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

VOTO:

A priori, destaco que, a decisão hostilizada, dando fim ao processo, pelo reconhecimento da excludente da legítima defesa, tem força de definitividade, sendo atacável através de apelação (art. 593, II, CPP).

Sobre o tema, colaciono o seguinte julgado:

> "Após a reforma processual de 2008, há de se entender que a ausência de pressuposto processual ou de alguma condição da ação penal e, ainda, a ausência de justa causa para o exercício da ação penal, habilita a interposição de recurso de apelação, com fulcro no inciso II do art. 593, do CPP, contra sentença com força de definitiva, proferida por juiz singular, que tenha rejeitado a denúncia." (TJRS - Apelação Crime nº. 70034810929, 3a. Câmara Criminal, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 02/09/2010).

Assim, atento ao bem lançado parecer da ilustre Procuradora de Justiça, Dra. Lúcia Maria Bezerra Gurgel, já referido, bem como ao princípio da fungibilidade recursal (art. 579, CPP), recebo o recurso em sentido estrito como apelação**.**

Prosseguindo.

Busca o *Parquet* a reforma da decisão de primeiro grau, que, fulcrado no art. 395, do CPP, rejeitou liminarmente a denúncia oferecida contra Ciro José Ramos Moreira, por entender que o denunciado agiu sob o pálio da legítima defesa.

Razão lhe assiste.

Segundo consta, o recorrido foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, pela prática, em tese, do delito previsto no art. 121, § 2º, incs. III e IV, do Código Penal, que lhe atribuiu a morte por atropelamento, de Walter Gleryston da Silva Gomes por, fato ocorrido no dia 08 de maio de 2007, por volta das 18:00 horas, no Conjunto Nova Assunção, nesta Capital.

Narra a peça acusatória:

> […] que o réu estava perseguindo a vítima, em razão da mesma juntamente com outros indivíduos terem roubado um (sic) câmara fotográfica do indiciado, que estava sob a poltrona do veículo, de marca L-200 SORT 4X4 HPE, de Placas MZL 7578, de Cor vermelha e Chassi 93XPRK7405C408960.
> Então, cerca de alguns minutos, o indiciado resolveu por conta própria sair em perseguição ao vitimado e comparsas, e ao chegar na rua 10, do Conjunto Nova Assunção, local do delito, a vítima se desequilibra da bicicleta que vinha guiando e cai ao solo.
> Nesse momento, o acusado que estava em perseguição acelera o veículo e atropela a vítima, que vem a falecer no local do crime. O acusado após o sinistro fugiu no veículo, sem prestar nenhum socorro a vítima ….”

De fato, o art. 395 do Código de Processo Penal, permite ao julgador a rejeição liminar da denúncia ou queixa, *in verbis:*

> **Art. 395.** A denúncia ou queixa será rejeitada quando:
> I – for manifestamente inepta;
> II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou
> III – faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Na espécie, entendeu o julgador singular, que o denunciado, ora recorrido, “para defender a si próprio, conseguiu atropelar a vítima, a qual, de arma em punho tentava alvejá-lo, assim o fez, com o único objetivo de defender sua integridade física, levando a óbito o seu agressor” (fl. 108).

Com efeito, a legítima defesa é causa de exclusão de ilicitude (CP, art. 25). Contudo, é necessário que haja, nos autos, provas irrefutáveis capazes de informar inequivocadamente a ocorrência da referida excludente .

No caso vertente, a meu sentir, prematura a decisão fustigada, posto que, a prova colhida no caderno investigatório, não permite concluir, de plano, que o denunciado agiu sob o pálio da legítima defesa. Senão vejamos:

Quando ouvido na Delegacia (fl. 23/25), o recorrido declarou:

> […] foi surpreendido por três indivíduos de identidades ignoradas, um deles armado com um revólver grande de cor escura, e este indivíduo é moreno, magro, aparentando ter em torno de 17 anos de idade, cabelos escuros com luzes, e anunciou um assalto e muito nervoso ordenou que o interrogando lhe entregasse a máquina fotográfica, como se já soubesse da existência dela e ainda o seu celular enquanto os outros dois ladrões mandavam que ele atirasse logo no interrogando; afirma o interrogando que ficou pedindo que ele se acalmasse enquanto entregava os objetos que ele pedia; […]que em seguida os três indivíduos, cada um em uma bicicleta, empreenderam fuga; respondeu o interrogando que decidiu segui-los e na L-200 iniciou a perseguição; respondeu o interrogando que não fez nenhuma comunicação de que fora assaltando a ninguém, bem como que ia seguir os assaltantes, até porque todos que estavam na praça viu o assalto; […] respondeu o interrogando que logo avistou dois dos assaltantes já no final da rua 10, e naquela ocasião por questão de segurança, o interrogando desenvolvia uma velocidade em torno de 40 (quarenta) quilômetros por hora, quando avistou na via asfáltica, junto ao meio fio uma bicicleta preta, deitada no chão e por isso diminuiu a velocidade para desviar daquela bicicleta quando inesperadamente surgiu a frente do carro o mesmo indivíduo que minutos antes tinha apontado o revólver em sua direção e subtraído a máquina fotográfica em o celular, que apontava o revólver em sua direção e por isso, temendo, ser alvejado por uma bala disparada por aquela pessoa, baixou a cabeça se protegendo atrás do painel do veículo e acelerou para passar por aquele indivíduo; respondeu o interrogando nessa ocasião sentiu que havia passado por cima da bicicleta e também atropelado o ladrão, mas não parou o carro com medo dele estar bem e atirar no interrrogando ..."

Inobstante a versão do recorrido encontrar-se reforçada pelo depoimento da testemunha Leandro Cavalcante Soares (fls. 62/63), a mesma não encontra respaldo na integralidade dos depoimentos colhidos na fase investigativa.

Confira-se:

Valter Claúdio Alves Gomes, pai da vítima, declarou (fls. 28/29)

> … que estava em sua residência e quando ia saindo viu que um bugre com alguns rapazes ia saindo da frente de sua casa e sua cunhada de nome Orlenia, vulgo "Leninha" que reside em sua casa disse que aqueles rapazes eram conhecidos de seu filho WALTER e disseram que WALTER havia sofrido um acidente de transito e morrido no local, dando como ponto de referência para a localização do acidente, o Liceu; que em sua motocicleta imediatamente foi para o local e lá chegando viu uns seis rapazes conversando e eles disseram que tinha ocorrido um atropelamento ali mas o corpo já havia sido levado para o IML; afirma que aqueles rapazes também disseram que "parecia que a vítima tinha praticado um assalto junto com outros dois e o carro da vítima vinha em perseguição a eles e tendo alcançado, acelerou o carro por cima dos três, só, que dois conseguiram escapar".

A testemunha FELIPE RAMOS E MORAIS, vulgo "Putinha", informou

(fls. 37/38):

> […] eu estava lá na frente e vi quando o carro passou por cima dele e tentou passar por cima do outro e como não conseguiu, fugiu; […] respondeu que não viu se a vítima estava armada, contudo não pode afirmar que ela estivesse desarmada naquela ocasião; afirma o depoente que na ocasião do atropelamento, pedalava a sua bicicleta na mesma rua que logo atrás vinham a vítima Glaliston e Raniere; afirma o depoente que o veículo L-200 aproximou-se por trás do depoente e na ocasião em que ele bateu em Glaliston, o depoente ouviu a pancada, virou o rosto para trás e viu que Clariston tinha sido atropelado, e emseguida viu que o carro tentou atropelar o roniere e também ao depoente que escapou de ser atropelado porque entrou a esquerda em outra rua, contudo não deu para ver como Roniere escapou de ser atropelado; […] afirma que não sabe qual o motivo que levou o motorista daquele carro a passar por cima de seu amigo; afirma que não sabe se o atropelamento foi acidental ou se o motorista da L-200 passou pro cima de seu amigo de maneira proposital; [...]"

Ivaneide Cavalcante Soares (fls. 60/61), relatou:

> … que logo começou passar pessoas em frente a sua casa e comentar que três "caras" tinha praticado um assalto na "pracinha" e que a vítima havia seguido eles em um carro e tinha atropelado um deles; que não sabe os nomes das pessoas que fizeram estes comentários, entretanto, uma mulher cujo nome a depoente não sabe, disse que os três ladrões estavam em uma bicicleta quando o carro que os perseguia, aproveitando o momento em que eles caíram, passou por cima de um deles; … afirma que muita gente passou em frente a sua casa comentando que: "o motorista atropelou um dos ladrões de propósito" … afirma que somente no dia seguinte soube que aquela máquina fotográfica era do vereador Valter Cavalcante e tinha sido roubada por três ladrões, os quais após praticarem o roubo foram perseguidos pelo motorista do vereador, no carro do vereador e que quando os alcançou jogou o carro por cima deles; ..."

Com efeito, a partir da leitura dos depoimentos acima transcritos, tenho por precipitada a decisão que antecipadamente rejeitou a exordial acusatória, pois, o reconhecimento da incidência de causa que exclua a ilicitude do delito, ainda que na fase inquisitorial, exige demonstração clara, segura e inequívoca, o que inocorre no caso vertente.

A propósito, vejamos o entendimento jurisprudencial:

> "[...] Absolvição sumária por legítima defesa, na firme compreensão da jurisprudência e doutrina pátrias, somente há de ter lugar, quando houver prova unívoca da excludente, a demonstrá-la de forma peremptória. (STJ – HC n. 25858/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julg. 01/08/2005)
>
> **[…] No procedimento do Tribunal do Júri, a absolvição sumária, com fundamento na existência de excludente de ilicitude, depende de**

> **prova cabal acerca da ocorrência desta circunstância. Se há indícios de autoria e prova da materialidade de crime doloso contra a vida, e havendo dúvida quanto à ocorrência de legítima defesa, a questão deve ser submetida ao Tribunal do Júri (**TJDFT – 2a. Turma Criminal – RSE n. 20090610007324, Rel. Des. Arnoldo Camanho de Assis, j. 15.07.2010)
>
> **[...] Para que o réu seja absolvido sumariamente, com base na legítima defesa, é necessário que a prova seja, de plano, perfeitamente convincente de que o réu, usando moderadamente dos meios necessários, repeliu injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, causada pela vítima.** (TJMG – 7ª. CÂMARA CRIMINAL – RSE Nº 0006404-16.2010.8.13.0443 – REL. DES. CÁSSIO SALOMÉ, j. 02.09.2010).

A doutrina mais abalizada, também não discrepa:

> […] a decisão de absolvição sumária há de apoiar-se em prova líquida, considerando que será subtraindo o réu do seu juiz natural que é o Júri" (Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, Saraiva, São Paulo, 1981, p. 252).
>
> […] para que não haja ofensa ao princípio da soberania dos veredictos, a absolvição sumária somente poderá ser proferida em caráter excepcional, quando a prova for indiscutível". (CAPEZ, Fernando. Processo Penal Simplificado. 18 Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 198)

Denota-se, a princípio, que a rejeição liminar da denúncia, frustando o início da persecução penal, retirou da acusação a possibilidade de provar os fatos alegados na referida peça.

Ressalvo, desde logo, que não se está aqui a emitir juízo de valor sobre os fatos, até porque, vedado legalmente, mas tão somente a determinar que eles sejam devidamente apurados, observando-se os sagrados princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal.

3 – Dispositivo:

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, provejo o recurso ministerial para receber a denúncia e determinar o prosseguimento da ação penal, nos termos da Súmula 709 do egrégio Supremo Tribunal Federal.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 31/01/2012.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação de manutenção de posse – turbação caracterizada – agravo de instrumento convertido em retido – ausência de requerimento expresso nas razões do apelo – não conhecimento – agravo retido oral não provido – inocorrência de cerceamento de defesa na hipótese em que o juiz considera o processo suficientemente instruído e apto a ser julgado sem a produção de outras provas.....83.

Ação de ressarcimento de recursos ao Erário – suposto ato de improbidade administrativa praticado pela recorrida – ausência de prova do elemento subjetivo, dolo ou culpa, e do efetivo dano ao patrimônio público – decisão mantida.....98/99.

Ação monitória contra a Fazenda Pública Municipal – possibilidade – Súmula nº 339, do STJ – acordo judicial celebrado entre a prefeitura e o particular – possibilidade – validade da transação – homologação judicial – sentença de extinção da ação arrimada no Art. 269, Inciso III, do CPC – legalidade.....130.

Acidente de trânsito – responsabilidade civil – atropelamento de pedestre – culpa exclusiva da vítima – inocorrência – comprovação da imprudência do condutor do caminhão de propriedade de terceiro – danos morais devidos – responsabilidade solidária.....110.

AIDS – suspeita – demissão sem justa causa – conturbação do ambiente de trabalho – discriminação – condenação singular excessiva – indenização por danos morais devida – mitigação do valor ….....200/201.

Busca e apreensão – requerimento de conversão em depósito superveniente à decretação de falência – não localização do bem dado em alienação fiduciária – extinção do processo sem julgamento do mérito por falta de interesse de agir – precedentes do STJ.....190/191.

Caderneta de poupança – expurgos inflacionários – Plano Verão – prescrição vintenária – pagamento de diferença de correção monetária – devido – juros e correção monetária – procedência.....166.

Cédula rural – revisão de toda vinculação – relação negocial continuada - escritura pública de composição e confissão de dívidas com hipoteca – possibilidade.....230/232.

Cédula rural pignoratícia – revisional de cláusulas contratuais – aplicabilidade do CDC – precedentes do STJ – juros remuneratórios – limitação – capitalização – inaplicabilidade – comissão de permanência – cobrança inadmissível.....237.

Coelce – oscilação de energia elétrica – ocorrência – dano causado ao equipamento de exames da clínica médica – dano material configurado – reparação – correção monetária e juros devidos a partir do evento danoso – pessoa jurídica – dano moral – atributos lesados – não indicação – inocorrência.....254.

Consumidor – responsabilidade extracontratual – indenização por danos morais – inclusão no cadastro restritivo de cheques – devolução de cheque sem fundos decorrente de descontos indevidos de anuidade – cartão de crédito não solicitado pelo correntista – recalcitrância do banco apelante – conduta ilícita e reiterada – dano moral configurado.....122/123.

Contrato de abertura de crédito e nota promissória vinculada – execução – impossibilidade de cobrança – ausência dos requisitos previstos no Art. 618, Inc. I, do CPC. - Súmula nºs. 233 e 258, do STJ. - ausência de títulos executivos.....195.

Contrato de consórcio – morte do consorciado – quitação das parcelas vincendas mediante indenização paga pelo seguro – direito dos sucessores à devolução da quantia paga pós morte.....70.

Contrato de promessa de compra e venda – ação de rescisão – cláusula de irrevogabilidade – irrelevância – inadimplemento – cláusula resolutiva tácita.....146/147.

Contrato de seguro de acidente pessoal – microtraumas – hérnia de disco – negativa de cobertura – abusividade – Código de Defesa do Consumidor – dano moral – configuração.....216.

Despejo – denúncia vazia – preenchimento dos requisitos legais: locação por tempo indeterminado e notificação premonitória válida – alegação de violação ao direito de preferência – impossibilidade - ausência de prévia averbação do contrato de locação no cartório de registro de imóveis – inteligência do Art. 33, da Lei nº 8.245/91.....55.

Despejo – sentença de procedência ante a inadimplência do locatário – falta de impugnação especificada aos fundamentos que motivaram a sentença – recurso que se torna inadmissível – Súmula nº 182, do STJ – aplicação por

analogia.....105.

Direitos autorais – rádio comunitária – cobrança – legitimidade ativa do Escritório Central de Arrecadação e Distribuição (ECAD) – rádio difusora sem finalidade lucrativa – impossibilidade de cobrança.....245/246.

Fornecimento de energia elétrica – suspensão – inadimplemento do consumidor – guia de refaturamento sem a devida contraprestação – inclusão em cadastro negativo de crédito – consumidor comprovou pagamento do período refaturado – dano moral – configuração.....167.

Fraude à execução – citação do executado e penhora de bem imóvel – alienações posteriores – certidão de cartório de registro de imóveis certificando a impossibilidade de registrar o ato de constrição judicial, em face da anterior transcrição de título aquisitivo – ausência de prova quanto à boa-fé do adquirente – ineficácia das alienações – embargos de terceiros improcedentes.....221.

Imposto de renda – restituição – contribuinte falecido – verba destinada aos dependentes habilitados perante a previdência social – quotas iguais – preterição de direitos não reconhecida de apelante não habilitada junto ao órgão previdenciário na época do recebimento – ação de alvará judiciário transitada em julgado.....74.

Incêndio residencial – defeito em botijão de gás – não comprovação – incidência do Código de Defesa do Consumidor – responsabilidade objetiva do fabricante afastada.....78.

Indenização – queda em supermercado – piso escorregadio – responsabilidade civil objetiva – dano moral – cabimento – desnecessidade de prova do prejuízo – precedentes do STJ.....61.

Licitação pública – preliminar de perda do objeto rejeitada – superveniente adjudicação, homologação ou assinatura de contrato – ilegalidades eventuais no procedimento licitatório, passíveis de nulidade, atingem as etapas subsequentes do certame – ausente prova pré-constituída – inexistência de direito líquido e certo – exigências editalícias legais e não discriminatórias.....263.

Plano de saúde – recusa em fornecer tratamento quimioterápico – prescrição por médico especialista – escusa de tratamento domiciliar – explícita a cobertura contratual para o procedimento médico – urgência do tratamento – óbito da autora – danos morais comprovados.....49.

Plano de saúde – relação de consumo – internação domiciliar – *home care* – negativa de internação – direito à saúde – cláusula contratual excluindo cobertura – dano evidenciado.....117.

Previdenciário - acidente de trabalho – laudo pericial – validade – análise do acervo probatório pelo perito – perda auditiva – incapacidade parcial – indenização – juros e correção monetária – termo inicial do evento danoso.....173/174.

Processo administrativo disciplinar – exercício pelo servidor de atividade laboral paralela ao cargo ocupado no DERT - ocorrência – prejuízo ao bom andamento do serviço público – demissão – nulidade do processo administrativo – inexistência – presença dos requisitos necessários – ilegalidades não verificadas – penalidade corretamente aplicada – atendimento ao princípio da individualização e da proporcionalidade.....136/137.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – ato de improbidade imputado ao Conselheiro-presidente do Tribunal de Contas dos Municípios do Ceará – propositura por promotores de justiça – ilegitimidade – competência exclusiva do Procurador-Geral de Justiça – inteligência do Art. 129, Incisos II e III, da C.F. c/c Art. 29, Inciso VIII, da Lei nº 8.625/93 – precedentes do STJ.....311/312.

Contrato bancário – revisional de cláusulas – desconto do valor incontroverso das parcelas – possibilidade – retirada do nome da parte autora dos cadastros de inadimplentes – preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo STJ. - purgação da mora.....275.

Cooperativa de serviços médicos – inclusão de médico – possibilidade – os Arts. 4º, I, e 29, § 1º, da Lei nº 5.764/71 e o Art. 3º, do Estatuto da agravante estabelecem os requisitos para o ingresso do profissional nos quadros da cooperativa – cumprimento – direito subjetivo do agravado à sua qualificação como conveniado.....287.

Execução fiscal – exceção de pré-executividade – cabimento – sócio-cotista que jamais exerceu a administração ou a gerência da sociedade – dissolução irregular de sociedade empresária – redirecionamento da execução – inviabilidade – exclusão da lide – fundamento judicial inatacado.....290.

Fornecimento de oxigenoterapia domiciliar – moléstia grave – câncer de pulmão – risco de morte – tratamento de saúde – princípios constitucionais fundamentais: direito à

saúde e à vida – direitos indisponíveis que devem ser resguardados – antecipação de tutela.....280.

ICMS – tributação pelo regime de pauta fiscal – inaplicabilidade – auto de infração – anulatória – julgamento antecipado da lide – matéria de convencimento do julgador – provas de natureza documental suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia – julgamento antecipado imperativo.....308.

ISSQN – pretensão de não incidência sobre os serviços de franquia que constituem a atividade empresarial da agravante e sobre as atividades-meio, como a cessão do uso da marca e assistência técnica – incidência das hipóteses previstas na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 – denegação de liminar para afastar a incidência do tributo.....283.

Plano de saúde – custeio de tratamento negado por falta de previsão contratual – relação de consumo – dignidade da pessoa humana – proteção à vida e à saúde – mitigação do princípio *pacta sunt servanda* – decorrência da plena vigência do CDC, que afasta do consumidor a incidência de cláusulas ofensivas aos seus direitos fundamentais.....302.

Plano de saúde – recusa em custear tratamento médico e hospitalar, sob o argumento de vedação contratual e obrigação do Estado – impossibilidade – ofensa à boa-fé objetiva – o dever Estatal não afasta obrigação assumida pela agravante – o contratante dispõe da faculdade de escolher ser atendido em hospital público ou particular.....299.

MANDADO DE SEGURANÇA

Concurso público – candidata alegadamente portadora de visão monocular – direito subjetivo de concorrer às vagas reservadas aos portadores de necessidades especiais – inovação da Súmula nº 377, do STJ – tese refutada pela administração contratante – controvérsia acerca dos fatos que instruem o pedido de origem – inexistência de direito líquido e certo – necessidade de dilação probatória – inadequação da via eleita.....352.

Concurso público – polícia militar – limite de idade para ingresso no curso de formação ultrapassado pelo candidato – causa da demora imputada exclusivamente ao ente público contratante – aplicação do princípio da razoabilidade.....334.

Concurso público – pretensão de matrícula de candidato na terceira fase do certame para ingresso no cargo de soldado PM – liminar concedida e posteriormente revogada

– pedido de reconsideração convertido em agravo regimental – constatação que no momento da inscrição no concurso, o autor já se encontrava muito próximo de completar a idade máxima prevista no edital da seleção pública – inocorrência de demora no trâmite do certame – ausência de direito líquido e certo e de ato abusivo ou ilegal.....344/345.

Diretor de escola pública – direito líquido e certo à investidura no cargo em virtude de aprovação em concurso – inexistência – a própria realização do certame não encontra amparo constitucional – declaração do STF – competência exclusiva do chefe do Poder Executivo.....323.

Servidor público – pensionista de ex-deputado estadual e ex-conselheiro do TCM – redução de proventos – teto remuneratório – subsídio de desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – inexistência de direito adquirido – aplicação do Inciso XI, do Art. 37, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 41/2003 à Constituição Federal de 1988 c/c, Art. 17, do ADCT, em sua redação originária.....325/326.

AÇÃO RESCISÓRIA

Acidente automobilístico – decisão rescindenda proferida nos autos de ação indenizatória resultante do sinistro – ofensa à literal disposição de lei e erro de fato – inexistência dos vícios autorizadores da desconstituição da coisa julgada.....375/376.

Contrato de permissão para exploração de uma linha de transporte alternativo de passageiros – pedido de declaração e constituição do autor como legítimo permissionário – alegação de que a permissão em litígio foi alienada ao promovente por ato negocial de disposição do permissionário – onerosidade – contrato administrativo que se revela precário e *intuitu personae* – possível a subcontratação, na forma da Lei nº 8.987/1995, desde que precedido de nova licitação e com o expresso consentimento do poder concedente – carência de ação e impossibilidade jurídica do pedido.....361/362.

Contrato negocial – sentença de mérito transitada em julgado que o rescindiu por inadimplemento – violação literal de lei – matéria em julgamento – vinculação – omissão da Lei violada pela sentença – possibilidade – erro de fato – controvérsia – impossibilidade – prova falsa – fundamento da sentença – liame não comprovado - rescisório improcedente.....384.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Atentado violento ao pudor – continuidade delitiva – vítimas menores de quatorze anos – violência presumida – pedido de nulidade da sentença por falta de defesa prévia e exasperação da pena, devido a consideração de parentesco entre apelante e vítimas – inadmissibilidade – depoimento sólido das ofendidas, convincente e amparado nos demais elementos de prova.....438.

Homicídio simples – preliminar de nulidade da reconstituição do crime, da peça delatória e contradição na quesitação – inocorrência – pedido de novo julgamento por alegação de decisão contrária às provas dos autos – negativa de autoria – impossibilidade, diante da prova testemunhal e técnico-científica.....412/413.

Homicídios qualificados – tentado e consumado em concurso material – interposição com base no Art. 593, III, Letras "c" e "d", do CPP – novo advogado constituído dentro do prazo recursal – razões tempestivas invocando apenas alínea "a" - conhecimento de todas as matérias suscitadas – manutenção da soberania do veredicto condenatório.....433/434.

Roubo majorado – emprego de arma e concurso de agentes – sentença condenatória – prova suficiente – absolvição descabida – redução da pena – impossibilidade.....429.

Roubo qualificado – emprego de arma e concurso de pessoas – forma tentada – condenação – apelação do MP. - *error in procedendo* no cálculo da dosimetria da pena, da fixação do regime prisional e da aplicação do dia-multa – provimento do recurso – prescrição que se faz imperiosa ante a inteligência do Art. 115, do CP – matéria de ordem pública – prescrição de ofício.....408.

Tráfico ilícito de substância entorpecente – guarda de 8,5 gramas de crack, acondicionadas em 49 pedras – prisão em flagrante – redução da pena-base, concessão da minorante do Art. 33, §4º, da Lei nº 11.434/06, em seu grau máximo – possibilidade – mudança de regime prisional e substituição por pena alternativa – improcedência.....443.

Trânsito – homicídio culposo – culpa exclusiva da vítima – descabimento – absolvição inviável – autoria e materialidade comprovadas – prova suficiente.....426.

Tribunal do Júri – homicídio tentado – tese da acusação – absolvição – anulação do julgamento - decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência.....403.

HABEAS CORPUS

Crime organizado – paciente que chefiava quadrilha de narcotraficantes – detentor de quatro títulos prisionais – recolhido em presídio de segurança máxima – prisão preventiva – manutenção por patente necessidade.....451.

Habeas copus preventivo – pretensão de revogação do mandado de prisão por condenação por assalto em concurso de agentes – sentença transitada em julgado – denegação.....453.

Homicídio duplamente qualificado – prisão preventiva – manutenção na sentença de pronúncia – alegação de nulidade processual por cerceamento de defesa decorrente da ausência do réu em audiência de inquirição de testemunhas de acusação – improcedência – desnecessidade de intimação da defesa da data desse ato após sua intimação da expedição de carta precatória – Súmula nº 273, do STJ – alegação de falta de fundamentação da decisão de pronúncia quanto à manutenção da prisão cautelar – descabimento – desnecessidade de nova fundamentação.....455/456.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Duplo homicídio triplamente qualificado – concurso de agentes – sentença de pronúncia – indicação da materialidade do fato e dos indícios de autoria – pretensão de despronúncia – descabimento – princípio do *in dubio pro societate* – competência do tribunal do Júri.....471.

Homicídio – reconhecimento da legítima defesa – denúncia – rejeição liminar – irresignação ministerial – recurso em sentido estrito recebido como apelação – decisão com força de definitividade (Art. 593, II, CPP) – aplicação do princípio da fungibilidade recursal – excludente que não se apresenta segura, induvidosa, a justificar, de plano, sua configuração.....490.

Homicídio qualificado – pronúncia – recurso defensivo – preliminar de nulidade por ausência de fundamentação – rejeição – extirpação da qualificadora da futilidade – inviabilidade.....487.

Prisão preventiva – revogação – deferimento pelo juízo *a quo* – inconformismo ministerial – requisitos do Art. 312, do CPP – ausência – impossibilidade de manutenção da preventiva.....465.

Tráfico de drogas – relaxamento da prisão – excesso de prazo no oferecimento da denúncia – ocorrência – recurso ministerial – ré solta há mais de dois anos – restabelecimento da segregação – impossibilidade.....484.

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, junho de 2012.