TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 43 - 2012
Julho/ Setembro

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.43, p. 1 - 434, 2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 43.2012
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
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Dra. Maria Gladys Lima Vieira (Juíza convocada)

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
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Dra. Maria Gladys Lima Vieira (Juíza convocada)

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
Dra. Maria Gladys Lima Vieira (Juíza convocada)

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
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes

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

A Responsabilidade Civil dos Médicos.....13/28
Roberto Nogueira Feijó
Juiz Titular da 2ª Vara da Comarca de Itapajé

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....33/249
Agravo de Instrumento.....253/285
Mandado de Segurança.....289/318

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....323/376
Habeas Corpus.....379/401
Recurso Crime em Sentido Estrito.....405/417

Discurso

Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – um Farol e um Refúgio (Discurso proferido pelo Des. Francisco de Assis de Filgueira Mendes, em 5 de julho de 2012, por ocasião da reinauguração da Biblioteca do TJCe).....421/425

Índice Alfabético.....427/434

Doutrina

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS

Roberto Nogueira Feijó
Juiz Titular da 2ª Vara da Comarca de Itapajé

1 INTRODUÇÃO

A questão da responsabilidade civil dos profissionais médicos e dos hospitais privados vem se demonstrando de grande importância à medida que o consumidor destes serviços, estando melhor informado de seus direitos, vem judicializando questões que outrora pairavam à margem do Poder Judiciário.

Tal atitude contrasta com a de um passado recente, aonde a conduta médica jamais era avaliada, uma vez que a sua atuação era imbuída de um caráter quase divino, como bem destacado por RUY ROSADO DE AGUIAR, nos seguintes termos:

> "Na passagem do século XIX para o século XX o médico era visto como profissional cujo título garantia a onisciência – médico da família, amigo e conselheiro – figura de uma relação social que não admitia dúvida sobre a qualidade dos seus serviços e, menos ainda, a litigância sobre eles.
> Atualmente, as circunstâncias estão mudadas. As relações sociais se massificaram, distanciando o médico do seu paciente. A própria denominação dos sujeitos da relação foi alterada, passando para usuário e prestador de serviços, tudo visto sob a ótica de uma sociedade de consumo, cada vez mais consciente de seus direitos, reais ou fictícios, e mais exigente quanto aos resultados[1]".

No mesmo sentido é a lição de LUZIA CHAVES VIEIRA:

> "Os tempos mudaram e, radicalmente, mudaram. A vida do final do século XX, início do século XXI determinou nova visão na relação médico-paciente. As expectativas dos pacientes se ampliaram através da rede de seguridade social, planos de saúde, convênios e com elas as obrigações e cobranças impostas pelo paciente ao médico.
> Os conceitos éticos, punjantemente garantidos pelos Conselhos, não mais são o limite da responsabilidade do profissional da medicina. A lei, que desde o Código Civil de 1916, estipulava responsabilidade, elevou a incidência do dever profissional, determinando que o médico venha, com maior freqüência se ver a frente de processos acusados de erros médicos[2]".

Assim, diante do exemplo observado, principalmente em países

1 Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Responsabilidade Civil do Médico. RT 718/33.

2 Luzia Chaves Vieira. Responsabilidade civil médica - Publicada no Juris Síntese nº 19 - SET/OUT de 1999.

desenvolvidos, passou-se, em países como o Brasil, a lançar-se mão da jurisdição como forma de obtenção de reparação civil de danos causados por médicos e por hospitais privados.

Este rápido incremento na exposição judicial destas quizilas ocasionou, em alguns Estados, a criação de unidades judiciais específicas para a apreciação destes casos, diante do despreparo observado nas varas cíveis comuns, que muitas vezes ocasionam uma jurisprudência vacilante e casuística.

O Poder Judiciário, através da responsabilização civil de erros praticados no âmbito da medicina, tem sido relevante instrumento de melhoria na qualidade dos serviços prestados aos consumidores e de rotinas mais seguras para a realização de procedimentos médicos, de forma a evitar ou a minorar a existência de falhas.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROFISSIONAIS MÉDICOS

A discussão acerca da responsabilidade dos profissionais médicos não é recente. O primeiro documento escrito histórico que se refere ao erro médico é o Código de Hammurabi (1790-1770 aC), que já trazia, em seu bojo, normas específicas de responsabilização destes profissionais, estabelecendo que:

> 218. Se um médico fizer uma larga incisão com uma faca de operações e matar o paciente, ou abrir um tumor com uma faca de operações e cortar o olho, suas mãos deverão ser cortadas.
> 219. Se um médico fizer uma larga incisão no escravo de um homem livre, e matá-lo, ele deverá substituir o escravo por outro[3].

Na Grécia antiga também era clara a responsabilidade do profissional médico, conforme se depreende do Juramento de Hipócrates, até hoje reverenciado pelos profissionais, e atualizado pela Declaração de Genebra de 1948, estabelecendo:

> Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por comprazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.
> Em toda a casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução sobretudo longe dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados[4].

Desta feita, segundo Hipócrates, a atuação do médico estava condicionada

3 The Eleventh Edition of the Encyclopaedia Britannica, 1910, pelo Rev. Claude Hermann Walter Johns, M.A. Litt.D.

4 Conselho Regional de Medicina do Estado São Paulo. Juramento de Hipócrates. Página visitada em 20 de março de 2012.

a um princípio básico: do latim, *primo non nocere* ou seja, "primeiro não prejudicar". Assim, se na sua atuação o médico causar dano a alguém, estará indo de encontro ao ditame maior da sua profissão, qual seja, não prejudicar o paciente com sua atividade profissional.

Contudo, apesar de bem definido o dever médico, temos que nas civilizações Grega e Romana, os médicos não podiam ser punidos pelo exercício de suas profissões. Esta proteção ainda figurou na Europa durante quase toda a idade média.

Na Inglaterra, o mais antigo caso de má prática médica ocorreu em 1369, sendo relatado por SMITH, *in verbis:*

> "the negligent treatment of a hand wound that resulted in further damage and ultimately left hand maimed (…) In essence, the Court held that negligence can be proven, then the law will provide a remedy. Equally significant was the Court`s determination that if surgeon did the best he could and exercised his utmost diligence in attempting a cure, it would not be considered fair to hold him culpable[5]".

Nos Estados Unidos, o primeiro precedente de responsabilização de um médico deu-se no caso Cross v. Guthery, aonde o médico restou condenado a indenizar a família de uma paciente, que faleceu após complicações de um procedimento cirúrgico.

Com a evolução da matéria, três correntes doutrinárias restaram definidas acerca da responsabilização dos médicos.

A primeira defendia a impossibilidade de responsabilização dos profissionais desta área, em face da natureza subjetiva da ciência médica. Neste sentido, argumentava TRÉBUCHET, que:

> "1- O diploma do médico é uma prova de idoneidade, para o qual o Estado exige os diplomas universitários; 2- O processo científico está em perigo se os médicos sentem a ameaça de um processo por cada iniciativa terapêutica arriscada; 3- As faltas técnicas do médico não podem ser julgadas por um tribunal de magistrados advogados; 4- A medicina não é uma ciência matemática capaz de se submeter às normas[6]".

Para os defensores da segunda corrente, o médico apenas seria responsabilizado se o dano fosse provocado com dolo ou má-fé, sendo excluída a responsabilização por condutas culposas. Este posicionamento foi defendido pela Academia de Medicina de Paris em 1834, quando era discutido projeto de lei sobre o exercício da medicina.

Por fim, para os propagadores da terceira teoria, hoje prevalente, o médico

5 Smith, Joseph T. Medical malpractice-psychiatric care. Colorado, Shepard`s/McGraw-Hill, 1986.

6 Panasco, Wanderby Lacerda. A Responsabilidade Civil, penal e ética dos médicos, 2ª ed., Rio de Janeiro. Forense, 1984.

seria responsabilizado pelo danos oriundos de seus atos, tendo sido estes cometidos por dolo ou por culpa, caracterizada pela negligência, imprudência ou imperícia.

2.1 A RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NO DIREITO BRASILEIRO

Escassa é a regulamentação da responsabilidade civil médica no direito brasileiro, o que tem gerado alguns transtornos na sistematização de tão relevante matéria.

Com efeito, a medicina possui contornos profissionais próprios de grande relevância, dada a sua elevada carga de subjetividade, que demandariam um tratamento específico dentro da legislação brasileira.

O Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Lei nº. 8.078/90, representa importante evolução do tema, pois traz clara distinção entre a conduta pessoal do profissional médico, e os danos causados pelos fornecedores de serviço médico, detre os quais se amoldam os Hospitais, Clínicas e Planos de Saúde, que respondem independentemente de culpa (responsabilidade objetiva) por danos causados aos consumidores.

Assim, estabelece o art. 14, do CDC:

> Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> § 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I - o modo de seu fornecimento;
> II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III - a época em que foi fornecido.
> § 2º O serviço não é considerado defeituoso pela adoção de novas técnicas.
> 3° O fornecedor de serviços só não será responsabilizado quando provar:
> - que, tendo prestado o serviço, o defeito inexiste;
> I - a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro.
> **§4° A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.**

Assim, com base no Código de Defesa do Consumidor, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tem feito distinção acerca da responsabilidade civil relativa às condutas médicas dos profissionais de um hospital, da responsabilidade inerente aos serviços hospitalares em si mesmos considerados.

Logo, a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles laboram ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se

a dos preponentes. Já a responsabilidade objetiva, prevista no CDC para o prestador de serviços, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnico-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

Neste sentido são os seguintes arestos:

> CIVIL.INDENIZAÇÃO.MORTE.CULPA.MÉDICOS.AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).
> 2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.
> 3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).
> 4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido. (REsp 258.389/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 16.06.2005, DJ 22.08.2005 p. 275)

> RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO, POR MÉDICO INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO DO HOSPITAL - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL; 2) CULPA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM - 3) TEORIA DA PERDA DA CHANCE - 4) IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO DA PROVA PELO STJ - SÚMULA 7/STJ
> 1.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.
> 2.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, a

> verificação da culpa pelo evento danoso e a aplicação da Teoria da perda da chance demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).
> 3.- Recurso Especial do hospital improvido. (REsp 1184128/MS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010)
>
> RECURSO ESPECIAL: 1) RESPONSABILIDADE CIVIL - HOSPITAL - DANOS MATERIAIS E MORAIS - ERRO DE DIAGNÓSTICO DE SEU PLANTONISTA - OMISSÃO DE DILIGÊNCIA DO ATENDENTE - APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR; 2) HOSPITAL - RESPONSABILIDADE - CULPA DE PLANTONISTA ATENDENTE, INTEGRANTE DO CORPO CLÍNICO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO HOSPITAL ANTE A CULPA DE SEU PROFISSIONAL; 3) MÉDICO - ERRO DE DIAGNÓSTICO EM PLANTÃO - CULPA SUBJETIVA - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA APLICÁVEL - 4) ACÓRDÃO QUE RECONHECE CULPA DIANTE DA ANÁLISE DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE DE REAPRECIAÇÃO POR ESTE TRIBUNAL - SÚMULA 7/STJ.
> 1.- Serviços de atendimento médico-hospitalar em hospital de emergência são sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor.
> 2.- A responsabilidade do hospital é objetiva quanto à atividade de seu profissional plantonista (CDC, art. 14), de modo que dispensada demonstração da culpa do hospital relativamente a atos lesivos decorrentes de culpa de médico integrante de seu corpo clínico no atendimento.
> 3.- A responsabilidade de médico atendente em hospital é subjetiva, necessitando de demonstração pelo lesado, mas aplicável a regra de inversão do ônus da prova (CDC. art. 6º, VIII).
> 4.- A verificação da culpa de médico demanda necessariamente o revolvimento do conjunto fático-probatório da causa, de modo que não pode ser objeto de análise por este Tribunal (Súmula 7/STJ).
> 5.- Recurso Especial do hospital improvido. (REsp 696.284/RJ, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009)

Desta feita, em se caracterizando como subjetiva a responsabilidade civil dos profissionais médicos, é imperiosa a demonstração de culpa para a sua responsabilização.

O médico tem o dever profissional de agir com diligência e cuidado no exercício de sua profissão, dever este que se encontra consubstanciado no Código de Ética Médica do Conselho Federal de Medicina.

AGUIAR DIAS decompõe as cláusulas implícitas no Contrato Médico: 1. Conselhos; 2. Cuidados; 3. Abstenção de abuso ou desvio de poder[7].

O primeiro diz respeito ao dever de informar o paciente a respeito de sua

7 Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro. Forense, nº 116.

doença, prescrições, riscos dos procedimentos e cuidados a serem tomados.

Neste sentido, estabelece o Código de Ética Médica que:

> É vedado ao médico:
> Art. 12. Deixar de esclarecer o trabalhador sobre as condições de trabalho que ponham em risco sua saúde, devendo comunicar o fato aos empregadores responsáveis.
> Parágrafo único. Se o fato persistir, é dever do médico comunicar o ocorrido às autoridades competentes e ao Conselho Regional de Medicina.
> Art. 13. Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.
> Art. 34. Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.
> Art. 35. Exagerar a gravidade do diagnóstico ou do prognóstico, complicar a terapêutica ou exceder-se no número de visitas, consultas ou quaisquer outros procedimentos médicos.

Portanto, a omissão injustificada de informação ao paciente, ou a sua emissão de forma deturpada ou incompleta tem o condão de gerar a responsabilidade civil do profissional médico, por caracterizar negligência profissional grave, que afronta o direito do paciente.

Na cirurgia, especialmente na estética, a informação deve ser completa e exaustiva, inclusive quanto ao uso de novos equipamentos e novas técnicas cirúrgicas. Tais esclarecimentos devem ser feitos em termos compreensíveis ao leigo, mas suficientemente esclarecedores para atingir o seu fim, pois destinam-se a deixar o paciente em condições de se conduzir diante da doença e de decidir sobre o tratamento recomendado ou sobre a cirurgia proposta[8].

Em seguida, tem-se o dever de cuidado diante do qual ao médico impõe-se não submeter o paciente a tratamentos desnecessários e usar todos os meios disponíveis para que haja um diagnóstico preciso. Além disso. deve ser mantido o necessário sigilo profissional.

Finalmente, deve o médico agir de acordo com as normas técnicas emanadas dos conselhos profissionais.

Desta feita, impende-se concluir que existem causas, que não se configuram como erro médico, mas que ensejam a responsabilização civil destes profissionais, por infringência à obrigações éticas estabelecidas por legislação específica.

2.2 OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO

A diferenciação entre obrigações de meio e de resultado remonta ao

8 Ruy Rosado de Aguiar Junior, ob. Cit., p. 36.

Direito Romano, tendo sido desenvolvida particularmente no Direito Francês por R. DEMOGUE e por HENRI E LEÓN MAZEAUD, que consideravam, segundo Fábio Konder Comparato, uma *summa divisio* de todas as obrigações, delituais e contratuais. Esta distinção foi admitida pela Corte de Cassação Francesa em 1936.

A diferenciação destas duas categorias assume nítida importância quanto à análise do ônus da prova.

Assim, nas obrigações de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem o qual não será cumprida sua obrigação. O resultado é inarredavelmente o objetivo do contrato, sendo de menos importância o modo ou o meio como o devedor vai atingi-lo. Exemplos de contratos de resultados são os pactos de empreitada e de transporte.

Nos contratos de transporte, pouco interessa ao credor como o objeto vai ser transportado (via aérea, terrestre ou marítima) mas sim que ele chegue no destino na data aprazada pelos contratantes.

Nestes contratos, basta ao credor, para obter reparação civil, comprovar o inadimplemento do resultado, como bem destacado por RUI STOCO:

> Sendo a obrigação de resultado, basta ao lesado demonstrar, além da existência do contrato, a não obtenção do resultado prometido, pois isto basta para caracterizar o descumprimento do contrato, independentemente das suas razões, cabendo ao devedor provar o caso fortuito ou a força maior, quando se exonerará da responsabilidade[9].

Neste sentido, é o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> *CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE DE PESSOAS. CASO FORTUITO. CULPA DE TERCEIRO. LIMITES. APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE.*
> *1. A cláusula de incolumidade é ínsita ao contrato de transporte, implicando obrigação de resultado do transportador, consistente em levar o passageiro com conforto e segurança ao seu destino, excepcionando-se esse dever apenas nos casos em que ficar configurada alguma causa excludente da responsabilidade civil, notadamente o caso fortuito, a força maior ou a culpa exclusiva da vítima ou de terceiro.*
> *2. O fato de um terceiro ser o causador do dano, por si só, não configura motivo suficiente para elidir a responsabilidade do transportador, sendo imprescindível aferir se a conduta danosa pode ser considerada independente (equiparando-se a caso fortuito externo) ou se é conexa à própria atividade econômica e aos riscos inerentes à sua exploração.*
> *3. A culpa de terceiro somente romperá o nexo causal entre o dano e a conduta do transportador quando o modo de agir daquele puder ser*

9 Rui Stoco. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

> *equiparado a caso fortuito, isto é, quando for imprevisível e autônomo, sem origem ou relação com o comportamento da própria empresa.*
> *4. Na hipótese em que o comportamento do preposto da transportadora é determinante para o acidente, havendo clara participação sua na cadeia de acontecimentos que leva à morte da vítima - disparos de arma de fogo efetuados logo após os passageiros apartarem briga entre o cobrador e o atirador -, o evento não pode ser equiparado a caso fortuito.*
> *5. Quando a aplicação do direito à espécie reclamar o exame do acervo probatório dos autos, convirá o retorno dos autos à Corte de origem para a ultimação do procedimento de subsunção do fato à norma. Precedentes.*
> *6. Recurso especial provido.* (REsp 1136885/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 07/03/2012)

De forma diversa, há uma obrigação de meio quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio, sem compromisso direto com a produção de um resultado.

Portanto, *a obrigação é de meio, quando o profissional assume prestar um serviço ao qual dedicará atenção, cuidado e diligência exigidos pelas circunstâncias, de acordo com o seu título, com os recursos que dispõe e com o desenvolvimento atual da ciência, sem se comprometer com a obtenção de um resultado*[10].

Nas obrigações de meio, cabe ao credor a comprovação de que o devedor agiu com dolo ou culpa, uma vez que a produção de um resultado específico não faz parte do contrato.

A doutrina e a jurisprudência têm, reconhecido a obrigação dos profissionais médicos, via de regra, como uma obrigação de meio, pois estes se obrigam a atuar com diligência, aplicando as técnicas adequadas ao tratamento de seus pacientes, sem poderem, contudo, se comprometer com a produção do resultado de cura dos mesmos.

Ensina AGUIAR DIAS que *se torna preciso observar que o objeto do contrato médico não é a cura, obrigação de resultado, mas a prestação de cuidados conscienciosos, atentos e, salvo circunstâncias excepcionais, de acordo com as aquisições da ciência*[11].

Acerca do tema, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO.OMISSÃOINEXISTENTE.RESPONSABILIDADE CIVIL. OBRIGAÇÃO DE MEIO, E NÃO DE RESULTADO. ERRO MÉDICO. NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

10 Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Responsabilidade Civil do Médico. RT 718/33.

11 op. cit.

> 1. O acórdão recorrido não está eivado de omissão, pois resolveu a matéria de direito valendo-se dos elementos que julgou aplicáveis e suficientes para a solução da lide.
> 2. O Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a relação entre médico e paciente é de meio, e não de fim (exceto nas cirurgias plásticas embelezadoras), o que torna imprescindível para a responsabilização do profissional a demonstração de ele ter agido com culpa e existir o nexo de causalidade entre a sua conduta e o dano causado - responsabilidade subjetiva, portanto.
> 3. O Tribunal a quo, amparado no acervo fático-probatório do processo, afastou a culpa do cirurgião-dentista, e, consequentemente, erro médico a ensejar a obrigação de indenizar, ao assentar que não houve equívocos por parte da equipe médica na primeira fase do tratamento e que as complicações sofridas pela requerente não decorreram da placa de sustentação escolhida pelo profissional de saúde. Assim, concluiu que a conduta se mostrara coerente com o dever profissional de agir, inexistindo nexo de causalidade entre os atos do preposto da União e os danos experimentados pela autora.
> *4. Fica nítido que a convicção formada pelo Tribunal de origem decorreu dos elementos existentes nos autos. Rever a decisão recorrida importaria necessariamente no reexame de provas, o que é defeso nesta fase recursal, nos termos da Súmula 07/STJ.*
> *5. Alegações de violação de dispositivos e princípios constitucionais não podem ser analisadas em recurso especial, por serem de competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102 da Carta Magna.*
> *6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.* (REsp 1184932/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 16/02/2012)

Existem, contudo, algumas exceções à regra que amolda a obrigação médica ao conceito de obrigação de meio. Exemplo clássico deste afastamento da regra geral ocorre no caso de cirurgia plástica estética, procedimento no qual o médico assume nítida responsabilidade pela produção do resultado pretendido pelo paciente, não bastando que exercite suas funções dentro dos parâmetros de cuidados comuns.

Na lição do mestre CASABONA a cirurgia estética ou plástica é uma operação *no curativa em sentido estricto (aunque hay supuestos de ennegable finalidad terapêutica, cuando se trata de la restauración anatómica – cirurgia plástica – o de eliminar o prevenir taras síquicas provocadas por el aspecto exterior del intervenido)*[12].

Assim, nas cirurgias plásticas estéticas a mera não obtenção do resultado previsto tem o condão de estabelecer a hipótese de responsabilização do médico, pois nestes casos o que o paciente ou credor pretende é o resultado em si.

Neste sentido indica CARLOS ROBERTO GONÇALVES que:

12 CASABONA, Carlos Maria Romeo. El médico ante el derecho. 1ª ed. Madrid. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.

> "os pacientes, na maioria dos casos de cirurgia estética, não se encontram doentes, mas pretendem corrigir um defeito, um problema estético.
> Interessa-lhes, precipuamente, o resultado. Se o cliente fica com aspecto pior, após a cirurgia, não se alcançando o resultado que constituía a própria razão de ser do contrato, cabe-lhe o direito à pretensão indenizatória. Da cirurgia mal-sucedida surge a obrigação indenizatória pelo resultado não alcançado. A indenização abrange, geralmente, todas as despesas efetuadas, danos morais em razão do prejuízo estético, bem como verba para tratamentos e novas cirurgias"[13].

No mesmo sentido é a lição de RUI STOCO:

> *Enquanto na atividade tradicional o médico oferece serviços de atendimento através de meios corretos e eficazes, comprometendo-se a proporcionar a seu paciente todo o esforço, dedicação e técnicas, sem, contudo, comprometer-se com a cura efetiva, na atividade de cirurgião estético o médico contrata um resultado, previsto, antecipado e anunciado. Não ocorrendo este, salvo nas intercorrências e episódios que atuem como elidentes de sua responsabilidade, cabe exigir-lhe o adimplemento da obrigação de resultado assumida*[14].

O Superior Tribunal de Justiça tem entendido iterativamente que tais procedimentos se amoldam ao conceito de obrigação de resultado, nos seguintes termos:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. NULIDADE DOS ACÓRDÃOS PROFERIDOS EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NÃO CONFIGURADA. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. DANO COMPROVADO. PRESUNÇÃO DE CULPA DO MÉDICO NÃO AFASTADA. PRECEDENTES.
> 1. Não há falar em nulidade de acórdão exarado em sede de embargos de declaração que, nos estreitos limites em que proposta a controvérsia, assevera inexistente omissão do aresto embargado, acerca da especificação da modalidade culposa imputada ao demandado, porquanto assentado na tese de que presumida a culpa do cirurgião plástico em decorrência do insucesso de cirurgia plástica meramente estética.
> 2. A obrigação assumida pelo médico, normalmente, é obrigação de meios, posto que objeto do contrato estabelecido com o paciente não é a cura assegurada, mas sim o compromisso do profissional no sentido de um prestação de cuidados precisos e em consonância com a ciência médica na

13 Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 1988, 4ª ed., p. 124.
14 Rui Stoco. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

> busca pela cura.
> 3. Apesar de abalizada doutrina em sentido contrário, este Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a situação é distinta, todavia, quando o médico se compromete com o paciente a alcançar um determinado resultado, o que ocorre no caso da cirurgia plástica meramente estética. Nesta hipótese, segundo o entendimento nesta Corte Superior, o que se tem é uma obrigação de resultados e não de meios.
> 4. No caso das obrigações de meio, à vítima incumbe, mais do que demonstrar o dano, provar que este decorreu de culpa por parte do médico. Já nas obrigações de resultado, como a que serviu de origem à controvérsia, basta que a vítima demonstre, como fez, o dano (que o médico não alcançou o resultado prometido e contratado) para que a culpa se presuma, havendo, destarte, a inversão do ônus da prova.
> 5. Não se priva, assim, o médico da possibilidade de demonstrar, pelos meios de prova admissíveis, que o evento danoso tenha decorrido, por exemplo, de motivo de força maior, caso fortuito ou mesmo de culpa exclusiva da "vítima" (paciente).
> 6. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp 236.708/MG, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 18/05/2009)

Impende destacar, que a configuração da cirurgia plástica como obrigação de resultado, jamais pode ser confundida como uma hipótese de responsabilidade objetiva do médico. O que se observa é a penas uma inversão do ônus da prova, restando a existência de culpa presumida e cabendo, nestes casos, ao médico, o ônus de provar alguma causa de exclusão da culpa, como o caso fortuito e a força maior.

Apesar dos procedimentos cirúrgicos estéticos serem o exemplo mais comum de adoção da teoria do resultado, outros procedimentos também estão sujeitos à sua aplicação, como é o caso de um exame de Raio-X ou da transfusão de sangue.

2.3 A CULPA MÉDICA

A análise da culpa médica requer bom senso e cautela do julgador. Os erros médicos são casos delicados e de difícil comprovação, pois envolvem questões relativas à ciência médica, o que exige do Magistrado, leigo no assunto, um conhecimento mínimo dessas questões aliado a elementos de sua experiência comum.

A fim de auxiliar o juiz na análise da culpa médica, TERESA ANCONA LOPEZ MAGALHÃES sugere alguns princípios gerais:

> 1. quando se tratar de lesão que teve origem em diagnóstico errado, só será imputada responsabilidade ao médico que tiver cometido erro grosseiro;
> 2. o clínico geral deve ser tratado com maior benevolência que o especialista;
> 3. a questão do consentimento do paciente em cirurgia em que há o risco de mutilação e de vida é essencial. Aguiar Dias cita caso de paciente que se recusou terminantemente a permitir que fosse amputada sua perna

> esmagada em acidente, sobrevindo-lhe a morte em conseqüência de gangrena gasosa. Os médicos que propuseram a operação não poderiam ter agido de outro modo, dada a comprovada lucidez do paciente ao rejeitar a intervenção cirúrgica;
> 4. o mesmo assentimento se exige no caso de tratamento que deixe sequelas, como, e.g., na radioterapia. E age com culpa grave o médico que submete o cliente a tratamento perigoso, sem antes certificar-se da imperiosidade de seu uso;
> 5. dever-se-á observar se o médico não praticou cirurgia desnecessária;
> 6. não se deve olvidar que o médico pode até mesmo mutilar o paciente, se um bem superior – a própria vida do enfermo – o exigir;
> 7. outro dado importante é que o médico sempre trabalha com uma margem de risco, inerente ao seu ofício, circunstância que deverá ser preliminarmente avaliada – e levada em consideração;
> 8. nas intervenções médicas sem finalidade terapêutica ou curativa imediata – cirurgia plástica estética propriamente dita, por exemplo –, a responsabilidade por dano deverá ser avaliada com muito maior rigor[15].

a) Negligência:

A negligência é a falta de atenção ou cuidado, é a inobservância de deveres e obrigações. Caracteriza-se pela inércia, passividade e indolência do profissional. O médico age com negligência quando deixa de praticar atos ou não determina o atendimento hospitalar ou de enfermagem necessário, tendo em vista o que recomenda a ciência médica e o estado do paciente.

O médico que dá alta ao paciente prematuramente pode ser considerado negligente quando em consequência de seu ato o paciente vem a sofrer danos à sua saúde, agravação da doença ou vem a falecer. Demonstra ser negligente o médico que, mesmo consciente do estado grave do paciente, prescreve-lhe medicamentos por telefone, deixando de comparecer ao hospital para receitar.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios vislumbrou hipótese de negligência no caso de um paciente acometido de hematoma extradural pós-operatório. O cirurgião somente visitou o paciente no segundo dia após o ato operatório, indicando a drenagem do hematoma, intervenção que já era tardia. O paciente ficou tetraplégico em razão da cirurgia e a negligência ficou caracterizada.

b) Imperícia:

A imperícia caracteriza-se pela falta de experiência ou conhecimentos práticos necessários ao exercício da profissão. É o despreparo profissional, o desconhecimento técnico da Medicina.

Deve-se advertir que diagnóstico errado nem sempre é sinal de imperícia,

15 Apud NETO, Miguel Kfouri. Responsabilidade civil do médico. São Paulo: RT, 2001, p. 72.

dadas as circunstâncias que envolvem a análise dos sintomas, o que às vezes é bastante complexo.

Alguns doutrinadores afirmam que o médico, profissional habilitado – profissional e legalmente – não poderia ser considerado imperito em circunstância alguma, pois tem o diploma que lhe confere habilitação legal, não sendo viável atribuir-lhe imperícia em situações isoladas.

Esse entendimento, contudo, não é acolhido pelos nossos Tribunais.

c) Imprudência:

A imprudência é o ato de agir perigosamente, com falta de moderação ou precaução. Nessa modalidade, há culpa comissiva, quando o profissional age de maneira não justificada, precipitada, sem usar a cautela que se espera do bom médico.

2.4 AS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Exoneram, o médico, da responsabilização pelos danos ao paciente, em sede de responsabilidade civil, basicamente, a força maior ou o caso fortuito. No caso fortuito, como na força maior não se cogita de agir culposo por parte do profissional. Não havendo atuação culposa, já que o dano ao paciente foi decorrente de força maior ou caso fortuito, há exoneração da responsabilidade civil do médico, perante os Tribunais.

O que anima as causas de isenção no seu papel de dirimentes é, em última análise, a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar em obrigação de reparar.

Neste sentido:

> RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO. ART. 14 DO CDC. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE.
> 1. Os procedimentos cirúrgicos de fins meramente estéticos caracterizam verdadeira obrigação de resultado, pois neles o cirurgião assume verdadeiro compromisso pelo efeito embelezador prometido.
> 2. Nas obrigações de resultado, a responsabilidade do profissional da medicina permanece subjetiva. Cumpre ao médico, contudo, demonstrar que os eventos danosos decorreram de fatores externos e alheios à sua atuação durante a cirurgia.
> 3. Apesar de não prevista expressamente no CDC, a eximente de caso fortuito possui força liberatória e exclui a responsabilidade do cirurgião plástico, pois rompe o nexo de causalidade entre o dano apontado pelo paciente e o serviço prestado pelo profissional.
> 4. Age com cautela e conforme os ditames da boa-fé objetiva o médico que colhe a assinatura do paciente em "termo de consentimento informado", de maneira a alertá-lo acerca de eventuais problemas que possam surgir durante o pós-operatório.

> RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (REsp 1180815/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 26/08/2010)

A doutrina clássica brasileira faz a distinção clássica entre caso fortuito e força maior. Assim, caso fortuito é o acontecimento natural, derivado da força da natureza, ou o fato das coisas, como o raio, a inundação, o terremoto ou o temporal. Na força maior há um elemento humano, como a ação das autoridades, o furto, o roubo, entre outros.

O professor Esmein, enxerga na força maior o caráter invencível do obstáculo e no caso fortuito o caráter imprevisto[16].

Contudo a diferenciação entre os dois institutos jurídicos se mostra de menor importância, uma vez que o efeito dos dois é idêntico.

Impende destacar que a noção de caso fortuito e de força maior traz, em seu bojo, dois elementos: um interno, de caráter objetivo, ou seja, a inevitabilidade do evento, e outro interno e subjetivo, a ausência de culpa. Logo não há acontecimentos que possam ser caracterizados *a priori* como caso fortuito e força maior, tudo depende da condição dos fatos especificamente analisados.

Um mesmo fato poderá, ou não, ser classificado como de força maior e isentará, ou não, de responsabilidade o agente, se estiverem presentes ou ausentes as características de inevitabilidade e de ausência de culpa do agente.

Portanto, a falta de energia elétrica que leva à morte paciente em sala de cirurgia pode ser vista como uma excludente de responsabilidade, desde que o médico não tivesse como evitá-la e não tivesse culpa na sua ocorrência.

O médico diretor de um hospital que foi omisso na manutenção da rede elétrica, provocando a queda de energia que vitimou seu paciente, por sua vez, não poderá valer-se da excludente.

A jurisprudência brasileira tem entendido como exemplos de caso fortuito:

> Responsabilidade Civil. Cirurgia estética. Ocorrência de infecção que obstou ao prosseguimento do tratamento avençado. Caracterização de Caso Fortuito. Restituição das Partes ao *status quo ante*, com a devolução dos honorários. Recurso Extraordinário não conhecido. (STF – 1ª Turma. Rel. Thopson Flores – RT 529/254).

Também, a culpa exclusiva do paciente por um dano que tiver sofrido, exonera o médico da responsabilização civil pelo prejuízo que deste tenha advindo.

É o caso, por exemplo, de paciente que não observa as prescrições médicas feitas, vindo a sofrer dado decorrente desta atitude, conforme se depreende de aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul:

16 Planiol, Ripert e Esmein. Tratité pratique de Droit Civil, v. 06.

> Responsabilidade Civil. Médico. Cirurgia Plástica. *Ônus probandi*. Obrigação de Resultado. Tabagismo no Pós-Operatório. A cirurgia plástica, com fins exclusiva ou preponderantemente estéticos, é cirurgia embelezadora e, por isso, a obrigação não é de meio e sim de resultado. Na hipótese de o resultado ser negativo e oposto ao que foi convencionado, presume-se a culpa profissional do cirurgião, até que ele prove a sua não culpa ou qualquer outra causa exonerativa. Inobstante o fumar no período pós-operatório possa provocar os danos ocorridos, há necessidade de o réu provar que a cliente fumou, embora contra-indicação médica. (TJRS. 1ª Câmara. BOL AASP 2.065/56).

No terreno do erro médico o Direito Civil tem, pois, orientações bem definidas de responsabilidade civil para o manejo jurídico deste pelos Tribunais. Ressalte-se, dentre estas que abordamos e outras, a necessidade de haver NEXO CAUSAL, relação de causa e efeito, entre o ATO MÉDICO CULPOSO, ao qual se quer atribuir a responsabilidade de ser o causador da lesão, e o DANO sofrido pelo paciente.

3 CONCLUSÃO

Diante de todos os argumentos expendidos, observa-se que a questão da responsabilidade civil dos profissionais médicos, apesar de complexa, é imprescindível para a população, e deve ter seus contornos nitidamente estabelecidos, tanto para a segurança jurídica dos consumidores como dos próprios profissionais.

Em que pese as constantes críticas à judicialização destes conflitos, o Poder Judiciário tem representado relevante instrumento de aperfeiçoamento dos serviços prestados, determinando limitações e cuidados a serem seguidos, sob pena de estabelecimento de indenizações especificas.

Diversas outras questões gravitam paralelamente à responsabilidade dos médicos, como a existência de solidariedade de hospitais, de planos de saúde, a imposição de limites de exames por parte das operadoras de saúde, ou as dificuldades técnicas enfrentadas principalmente pelos hospitais públicos.

Todas estas searas devem sempre ser consideradas pelo magistrado, afinal não se deve responsabilizar um profissional, que também é vítima de um sistema de saúde de péssima qualidade e pouco fiscalizado, pelos males advindos de descaso e de ausência de políticas públicas.

De outro lado vê-se que ainda são isoladas as condenações por erro médico, muito mais pelo corporativismo que atinge as perícias médicas, do que por falha do sistema judiciário ou lacunas legais.

Desta feita, temos que apenas um aprofundamento das discussões e através da criação de juízos especializados na responsabilidade civil médica, hospitalar e dos planos de saúde, teremos um pleno desenvolvimento da matéria no âmbito nacional, com o estabelecimento de práticas transparentes à nível de jurisprudência, que permitam um maior sentimento de segurança jurídica por parte de todos.

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

PROCESSO Nº 2000.0015.0327-9/0.
APELAÇÃO CIVEL.
APELANTE: E. M. C. J.
APELADA: Z. L. P..
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA. DESPESAS DECORRENTES DO DIREITO DE VISITAS. ENCARGO ATRIBUÍDO AO NÃO GUARDIÃO. RECURSO DESPROVIDO.

1. O direito de visitas, não obstante a terminologia adotada pelo Código de Processo Civil, na verdade, ao invés de configurar direito subjetivo do pai em ter a companhia dos filhos, é um dever inerente ao poder familiar, configurando sim um direito da prole em conviver com seus genitores.

2. Por mais que a detentora da guarda tenha alterado seu domicílio, vindo a residir em Município distante do ex-cônjuge, não cabe a este impor àquela o ônus financeiro de uma obrigação que a ele é legalmente atribuída.

3. Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, **para negar-lhe provimento**, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por E. M. C. J., em face de sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 98.02.42949-0, movida pelo ora recorrente.

Na inicial, argumentou este que se divorciou de seu cônjuge, ficando acostado no termo da separação que teria direito de visitar semanalmente os filhos do casal, que ficariam sob a guarda da ex-esposa.

Afirma que tão logo foi procedido o desenlace matrimonial, a apelada mudou-se de Fortaleza/CE para Florianópolis/SC, levando consigo a prole, dificultando, por conseguinte, o exercício do direito de visitas.

Nesse diapasão, pleiteou o demandante que a ex-mulher arcasse com as despesas referentes às passagens áreas dos filhos quando em visita a seu pai, residente

nesta Capital.

Contestação às fls. 19-25.

Sentença prolatada à fl. 63, na qual o Magistrado singular extinguiu o feito sem exame do mérito, por não vislumbrar possibilidade jurídica do pedido.

Apelação interposta às fls. 66-7, ratificando-se os termos da inicial.

A recorrida não apresentou contrarazões.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça à fl. 84, opinando pela mantença da decisão recorrida.

É o relatório.

Ao e. Revisor.

Fortaleza, 24 de junho de 2009.

VOTO

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

Preliminarmente, não obstante o Juízo *a quo* ter extinguido a lide por carência da ação, da análise da fundamentação da sentença, depreende-se que implicitamente o mérito da demanda restou analisado, mas indeferido pelo julgador.

Desta forma, não há óbice que este Tribunal aprecie as questões de fundo envolvidas na ação, ainda mais se considerado o teor do art. 515, §3º, do Código de Processo Civil, segundo o qual "nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versa questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento".

O direito de visitas, embora a terminologia adotada pelo CPC, na verdade, ao invés de configurar direito subjetivo do pai em ter a companhia dos filhos, é um dever inerente ao poder familiar, configurando sim um direito da prole em conviver com seus genitores.

Por mais que a detentora da guarda tenha alterado seu domicílio, vindo a residir em Município distante do ex-cônjuge, não cabe a este impor àquela o ônus financeiro de uma obrigação que a ele é legalmente atribuída.

De outro modo, é lícito à mãe mudar-se de cidade, levando consigo a criança de que é guardiã. Qualquer interpretação em sentido contrário seria inconstitucional, por violar o direito de ir, vir e permanecer. Apenas quando a transferência acarrete algum dano ao menor, pode o outro ascendente interferir na questão, mas unicamente para pleitear a guarda do infante.

A par desta considerações, discordando o recorrente da alteração levada à efeito, deveria ajuizar demanda para modificar a guarda das crianças, e não propondo ação de ressarcimento, incabível na espécie.

Em face do exposto, conheço da apelação interposta, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

APELAÇÃO Nº 7-45.2006.8.06.0161/1
APELANTE(S): BANCO ITAUCARD S.A. e EDINARDO UCHÔA COSTA
APELADO(S): EDINARDO UCHÔA COSTA e BANCO ITAUCARD S.A
RELATOR: Des. Váldsen da Silva Alves Pereira

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CARTÃO DE CRÉDITO. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. CONSTRANGIMENTO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos apelos, por tempestivos, para negar provimento ao recurso interposto por Edinardo Uchôa Costa, e dar parcial provimento ao recurso interposto pelo Banco Itaucard S.A., para reduzir o valor da condenação relativa aos danos morais suportados pelo apelado, permanecendo, quanto aos demais pontos, inalterada a sentença objurgada, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 27 de junho de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de recursos de APELAÇÃO CÍVEL interpostos pelo **BANCO ITAÚCARD S.A**. e por **EDINARDO UCHÔA COSTA**, em face de sentença da lavra da MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Santana do Acaraú, proferida nos autos de ação Declaratória.

Na decisão combatida, a MM. Juíza *a quo* acolheu o pedido inicial, resolvendo o mérito da causa, para declarar inexistente a dívida cobrada ao autor, pelo promovido. Reconheceu que houve defeito na prestação dos serviços pelo promovido, condenando-o a compensar o autor pelos danos morais por ele sofrido, pagando-lhe a importância de R$ 35.700,00 (trinta e cinco mil e setecentos reais), equivalente a setenta vezes o salário mínimo. Condenou, ainda, o promovido a providenciar a exclusão do nome do autor de todos os cadastros de devedores nos quais o houver inscrito em razão da dívida questionada, sob pena de pagamento de multa diária, estipulada no valor de R$ 510,00 (quinhentos reais).

Em sua peça inicial, o autor informa que recebeu da parte ré, sem nenhuma solicitação, cartão de crédito em seu domicílio, figurando seu nome como titular,

mesmo sem ter passado qualquer informação ou autorização para a emissão do cartão de crédito. Alega que, apesar de não haver feito uso do referido cartão de crédito, foi indevidamente cobrado pela empresa promovida, tendo o autor tentado por várias vezes contatar a mesma, sem retorno. Informa que, por fim, após alguns meses, chegaram à sua residência avisos de inscrição do nome do autor nos órgãos SPC e SERASA. Requer a concessão da tutela antecipada no sentido da retirada e baixa do nome do autor de seus apontamentos, e ao fim, a declaração da inexistência do débito imputado pela parte ré. Pleiteia, ainda, a condenação da promovida ao pagamento, a título de indenização por dano moral causado ao autor, do valor correspondente a doze vezes o seu salário, perfazendo o montante de R$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil reais), corrigidos monetariamente e acrescidos dos juros legais.

Juntos à inicial, vieram os documentos de fls. 28/70.

No despacho de fls. 77/79, a MM. Juíza *a quo* deferiu parcialmente o requerimento de antecipação da tutela requerida, determinando à instituição financeira promovida que proceda, no prazo de 24 horas, a exclusão do nome do autor de cadastros de devedores de qualquer serviço de proteção ao crédito, em razão de dívidas relativas ao cartão de crédito supra referido.

Efetivada a citação, o promovido apresentou a contestação constante às fls. 83/92, onde alega que o autor não realizou nenhum contato com empresa ré, assim provocando a negativação de seus dados com o fito de pleitear, posteriormente, indenização por danos morais. Requer, por esse motivo, que seja levado em conta a culpa concorrente do autor e pleiteia a redução do quantum indenizatório. Ao fim demanda o julgamento improcedente dos pedidos constantes na inicial.

Na réplica, às fls. 99/106, o promovente informa que a documentação concernente à outorga de mandado de procuração pelo promovido está incorreta. Reitera as alegações constantes na inicial, especificamente quanto à inexistência do contrato autorizando a emissão do cartão de crédito, e ao cabimento do valor pleiteado a título de indenização por danos morais. Requer o desentranhamento da peça contestatória, e o julgamento antecipado da lide, com a condenação da empresa promovida nos termos da inicial.

Após a devida regularização da representação processual da empresa promovida, despachou a MM. Juíza de primeiro grau, às fls. 155/156, designando audiência preliminar.

Às fls. 240/241, consta Termo de Audiência, onde está anotado a proposta de conciliação, sem êxito. Iniciada a instrução, foram tomados os depoimentos das testemunhas arroladas. A MM. Juíza declarou encerrada a fase probatória, tendo a parte autora apresentado seus memoriais. Foi concedido ao advogado do promovido o prazo de cinco dias para a apresentação das alegações finais.

A parte promovente juntou, às fls. 244/254, seus memoriais onde, além de reiterar o constante da inicial, requer a manutenção da antecipação dos efeitos da tutela deferida. Pleiteia a declaração da inexistência do débito imputado pela parte ré, como a

condenação da mesma, nos termos constantes da inicial.

A parte promovida, como certificado às fls. 255, não apresentou suas alegações finais, deixando transcorrer *in albis* o prazo legal.

A MM. Juíza prolatou sentença, constante às fls. 256/262, acolhendo, parcialmente, o pedido inicial e declarando inexistente a dívida cobrada ao autor pela empresa ré. Reconhece o defeito na prestação dos serviços pelo promovido, e condena-o a compensar o autor pelos danos morais por ele sofridos, pagando-lhe a importância de R$ 35.700,00 (trinta e cinco mil e setecentos reais), quantia equivalente a setenta vezes o salário mínimo.

Às fls 268/271, o promovente interpôs Embargos Declaratórios com o fim de sanar omissão na sentença proferida, por entender restou a mesma omissa no que concerne às custas processuais e honorários advocatícios.

A MM. Juíza *a quo*, às fls. 273/274, acatou os embargos opostos para alterar a decisão exarada, fixando as custas processuais e honorários advocatícios em 15% sobre o valor da condenação.

A instituição bancária promovida interpôs apelação, constante às fls. 287/302, onde reitera as alegações constantes da contestação e memoriais, especialmente, e no que concerne ao mérito, a inexistência do dano moral e ao arbitramento de quantum excessivo a título de reparação. Prequestiona a matéria para fins recursais ulteriores, e pleiteia a imposição de limite pecuniário ao valor da multa diária imposta para o não cumprimento da liminar deferida. Ao fim, requer o recebimento recurso e seu conhecimento, para o fim de reformar a sentença guerreada e o afastamento da indenização por danos morais.

Em contra-razões da apelação ofertada, às fls. 321/348, o promovente pleiteia seja negado provimento ao recurso apelatório apresentado pelo promovido, e completo provimento ao recurso de apelação por ele interposto, para reformar parcialmente a sentença recorrida.

Ao mesmo tempo, às fls. 351/382, apresentou o autor recurso apelatório, inconformado com a decisão de primeiro grau. Renova os pedidos constantes no pedido inicial, colacionando farta jurisprudência adstrita ao tema em debate. Prequestiona a matéria para fins recursais ulteriores. Requer, ao final, a reforma parcial da sentença apelada, com a declaração da inexistência do débito questionado; a majoração do *quantum* indenizatório para o valor pleiteado na inicial; e a determinação do pagamento de multa astreinte por descumprimento de ordem judicial, com a majoração do valor diário da mesma.

Às fls. 389/391, a empresa ré informou o cumprimento da decisão judicial, no tocante à exclusão do nome do promovente dos cadastros de restritivos, cancelamento do cartão, bem como procedeu com o estorno do saldo devedor integral imputado do acionante.

Vieram os autos a esta Instância Superior, e a mim distribuídos, conforme Termo constante às fls. 429.

É o relatório.
À douta revisão.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos apelos interpostos.

Cuidam os autos de recursos de APELAÇÃO CÍVEL interpostos pelo BANCO ITAÚCARD S.A. e por EDINARDO UCHÔA COSTA, em face de sentença da lavra da MM. Juíza de Direito da Vara Única da Comarca de Santana do Acaraú, proferida nos autos de ação Declaratória, condenando a instituição financeira promovida a compensar o autor pelos danos morais por ele sofrido, pagando-lhe a importância de R$ 35.700,00 (trinta e cinco mil e setecentos reais), equivalente a setenta vezes o salário mínimo. Condenou, ainda, o promovido a providenciar a exclusão do nome do autos de cadastros de devedores, sob pena de pagamento de multa diária, estipulada no valor de R$ 510,00 (quinhentos reais).

A parte promovida interpôs apelação, onde reitera as alegações constantes da contestação e memoriais, especialmente, e no que concerne ao mérito, a inexistência do dano moral e ao arbitramento de *quantum* excessivo a título de reparação. Prequestiona a matéria para fins recursais ulteriores, e pleiteia a imposição de limite pecuniário ao valor da multa diária imposta para o não cumprimento da liminar deferida. Ao fim, requer a reforma da sentença guerreada e o afastamento da indenização por danos morais.

Por seu turno, no recurso apelatório interposto, o autor renova os pedidos constantes no pedido inicial. Prequestiona a matéria para fins recursais ulteriores. Requer, ao final, a reforma parcial da sentença apelada, com a declaração da inexistência do débito questionado; a majoração do *quantum* indenizatório para o valor pleiteado na inicial; e a determinação do pagamento de multa astreinte por descumprimento de ordem judicial, com a majoração do valor diário da mesma.

PREQUESTIONAMENTO

No que concerne ao prequestionamento, desnecessário que o julgador indique, expressamente, os dispositivos legais que serviram de baliza para o deslinde da contenda. A exigência na exposição de motivos reside na efetiva discussão da matéria, de modo que os fundamentos das razões de decidir sejam expostos e debatidos, para o afastamento de eventuais dúvidas acerca do livre convencimento do juiz.

MÉRITO

A apelação manejada pelo promovido visa à reforma da sentença prolatada pelo juízo *a quo*, argumentando, inicialmente, que o autor deveria ter contatado a instituição financeira quando do recebimento do cartão, embora não o tivesse solicitado.

Assegura que a apelante não tem como política de captação de clientes o envio de cartões sem solicitação do consumidor.

A pretensão recursal levantada pelo Banco apelante não prospera.

Extrai-se do caderno processual que o autor efetivamente recebeu o cartão de crédito, não solicitado, o qual permaneceu bloqueado, bem como faturas relativas à anuidade de tal produto e, além disso, teve seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. A prova documental que sustenta o pedido inicial é farta e clara no sentido de apontar a irregularidade praticada pela instituição financeira.

Trata-se de prática abusiva, vedada pelo ordenamento jurídico, nos termos do artigo 39, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor:

> "Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço."

Ademais, mesmo inexistindo relação jurídica entre as partes litigantes, por força da não formalização do contrato, o autor foi vítima de ato praticado pelo réu, sendo este responsável pelo defeito na prestação do serviço. E, por força do disposto no art. 17 do Código de Defesa do Consumidor, ele faz jus à tutela protetiva.

> Art. 17. Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Com frequência os danos causados por má prestação de serviços não afetam apenas o consumidor, mas também terceiros, estranhos à relação jurídica de consumo, razão pela qual a legislação consumerista, atenta a este fato, tornou o leque de proteção mais amplo, abrangendo as vítimas do evento.

Além disso, tratando-se de prestação de serviços caracterizadora de relação de consumo, ainda que por equiparação, a responsabilidade do réu é objetiva, nos termos expressos do art. 14, caput, do CDC.

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

Silvio de Salvo Venosa ao tratar da responsabilidade civil no Código de Defesa do Consumidor, referente aos defeitos na prestação de serviços, assim leciona:

> "Os defeitos de serviço podem decorrer de concepção ou de execução indevidas. Seu campo de atuação é muito amplo, do serviço mais simples de um encanador ou eletricista ao mais complexo serviço proporcionado por clínicas e hospitais e pelas instituições financeiras e administradores de cartão de crédito."

Dizer que a responsabilidade é objetiva implica em dispensa da análise do elemento culpa, bastando apenas a comprovação do dano e do nexo de causalidade entre aquele e a conduta da instituição financeira. Vale dizer, o réu deve responder pela má prestação de seus serviços, independente de se perquirir sobre a culpa, nos termos do art. 927, do Código Civil brasileiro.

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (art. 186 e 187), causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Outrossim, não se admite que os riscos de sua atividade profissional sejam transferidos à vítima, deixando-a desfavorecida na ocorrência de dano, o que restou experimentado pelo autor.

Não há dúvida que a inscrição do nome do autor nos órgãos de proteção ao crédito, conforme se apresenta nos autos, é indevida. Em caso tais como o dos autos, o STJ reconhece tanto a ocorrência do dano moral quanto o direito à verba indenizatória, salvo quando haja inscrição preexistente nos órgãos de restrição ao crédito, o que não ocorre nos presentes autos.

Sobre o tema, colaciono os seguintes julgados:

> "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. (...) II - o envio de cartão de crédito não solicitado, conduta considerada abusiva 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 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 nº 1061500. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ de 20/11/2008).

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. INCLUSÃO INDEVIDA DO NOME DA CLIENTE NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL PRESUMIDO. VALOR DA REPARAÇÃO. CRITÉRIOS PARA FIXAÇÃO. CONTROLE PELO STJ. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. I - O dano moral decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplente é considerado *in re ipsa*, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato. III - Inexistindo critérios determinados e fixos para a quantificação do dano moral, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, atendendo às peculiaridades do caso concreto, o que, na espécie, não ocorreu, distanciando-se o *quantum* arbitrado da razoabilidade. Recurso Especial provido." (STJ. REsp nº 1105974/BA. Rel. Min. Sidnei Beneti. DJ de 13/05/2009).

Assim, não merece reproche a sentença de primeiro grau no que concerne ao reconhecimento do defeito na prestação do serviço pelo Banco promovido, sendo devida a compensação pelos danos morais sofridos ao autor.

Passo ao exame do *quantum* arbitrado a título de indenização por danos morais, matéria questionada em ambos os recursos interpostos.

O ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema aberto, deixando o arbitramento de indenização por dano moral ao critério do magistrado, desde que devidamente motivado. Certo é que esta indenização deve compensar a vítima pelo seu sofrimento, considerando a intensidade da falta cometida (grau de culpa), o prejuízo moral sofrido e a capacidade econômica do ofensor, com o cuidado para não proporcionar enriquecimento ilícito à outra parte, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.

Sobre o presente tema já se manifestou esta E. Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. FRAUDE DE CONTRATO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INOCORRÊNCIA. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. COBRANÇA INDEVIDA, CONSTRANGIMENTO, INDENIZAÇÃO. FIXAÇÃO. RAZOABILIDADE. DANO MATERIAL. FALTA DE COMPROVAÇÃO. NÃO CONCESSÃO.
> (…) DANO MORAL. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. A indenização por danos morais deve ser balizada pelas diretrizes apontadas pela doutrina e pela jurisprudência, sempre sob o crivo de um juízo de razoabilidade e proporcionalidade. (…) Recurso Provido. Sentença Reformada. (APELAÇÃO CÍVEL nº 770014-26.2000.8.06.0001/1, TJCE, Rel. Desa. Edite Bringel Olinda Alencar, 3ª Câmara Cível, julgado em 03/09/2007, publicado em 03/10/2007)

Importa transcrever, sobre este aspecto, entendimento esposado por Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra Responsabilidade Civil, 8ª edição, sobre os critérios que devem ser considerados para a fixação do *quantum* indenizatório nos casos de dano moral, em que não há prejuízos expressos em valores concretos:

> "Pode-se afirmar que os principais fatores a serem considerados são: a) a condição social, educacional, profissional e econômica do lesado; b) a intensidade de seu sofrimento; c) a situação econômica do ofensor e os benefícios que obteve com o ilícito; d) a intensidade do dolo ou o grau de culpa; e) a gravidade e a repercussão da ofensa; e f) as peculiaridades e circunstâncias que envolveram o caso, atentando-se para o caráter anti-social da conduta lesiva".

E, ainda, o eminente autor Rui Stocco, na obra Tratado de Responsabilidade

Civil, 6ª edição, salienta:

> "A tendência moderna, ademais, é a aplicação do binômio punição e compensação, ou seja, a incidência da teoria do valor do desestímulo (caráter punitivo da sanção pecuniária) juntamente com a teoria da compensação, visando destinar à vítima uma soma que compense o dano moral sofrido".

Assim, sopesando os fatores expendidos, e diante da análise das circunstâncias que envolvem a lide, notadamente a amplitude do constrangimento suportado pelo promovente, reputo excessivo o valor relativo à condenação por danos morais apontado na sentença recorrida, R$ 35.700,00 (trinta e cinco mil e setecentos reais), razão pela qual reduzo-o para R$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigidos monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da ocorrência do fato ensejador do prejuízo, conforme dispõe a Súmula 54, também, do STJ, uma vez que tal valor se me afigura plenamente adequado às finalidades da indenização por danos morais. Pelo exposto, CONHEÇO dos recursos, para NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto por EDINARDO UCHÔA COSTA, e dar PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pelo BANCO ITAUCARD S.A., apenas para reduzir o valor da condenação relativa aos danos morais suportados pelo promovente, permanecendo, quanto aos demais pontos, inalterada a sentença objurgada, inclusive no que pertine aos encargos sucumbenciais.

Fortaleza, 27 de junho de 2011.

Processo nº 0000408-33.2005.8.06.0176
Apelação Cível de Ubajara
Apelante: Ligia Kelly Alves Lima
Apelados: Silvério Soares Alcântara e Maria de Lourdes Soares Alcântara
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. FALTA DE REGISTRO. REQUISITO INDISPENSÁVEL PARA A TRANSFERÊNCIA. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DE QUEM AINDA NÃO É TITULAR DO DOMÍNIO DO IMÓVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. SENTENÇA MANTIDA. APELO DESPROVIDO.
1. O domínio útil da coisa não pode ser convolado em outorga de escritura definitiva pela adjudicação compulsória, por faltar-lhe o registro, porquanto é a partir da inscrição que advém os efeitos de direitos reais;
2. A ação adjudicatória proposta em desfavor de quem ainda não é titular do domínio do imóvel objeto da lide não pode prosperar, pois se está diante de pleito juridicamente impossível, vez que inviável a conversão do compromisso de compra e venda, em título definitivo de aquisição da propriedade;
3. Sentença mantida;
4. Apelo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0000408-33.2005.8.06.0176 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Conheço do recurso porque está ornado dos requisitos necessários à sua apreciação.

Cinge-se a controvérsia acerca da exigibilidade da inscrição, no arquivo imobiliário, do contrato particular de promessa de compra e venda de imóvel, financiado por Silvério Soares Alcântara e sua mulher, Maria de Lourdes Soares Alcântara, junto à COHAB, apto a ensejar a presente ação de adjudicação compulsória proposta por Ligia Kelly Alves Lima.

A apelante sustenta em suas razões que seu pai, Pedro Alcântara Lima Filho, adquiriu o bem objeto do litígio de seu irmão, Silvério Soares Alcântara, em

data de 26.10.1995. Lá morou a família, composta por seu genitor, sua mãe, Maria José Alves Lima, e suas irmãs. Todavia, após a separação de seus pais, permaneceu a apelante residindo no imóvel, juntamente com sua mãe por algum tempo. Atualmente, é a única a permanecer no imóvel. Ao recordar que sua mãe era detentora de uma procuração outorgada por seu pai para o fim específico de transferência do bem às filhas do casal (fl.12), pediu que esta providenciasse a transferência. Todavia, sem êxito, pois o imóvel ainda se acha inscrito no nome de seu tio, Silvério, que está resistente em proceder à transferência sob o argumento de seguir cuidando sozinho do irmão doente. Afirma ele que não procederá a transferência, uma vez que pode servir para eventual necessidade no tratamento de saúde do genitor da apelante.

Objetivamente, após o decurso de toda a instrução processual, o magistrado sentenciante constatou a impossibilidade jurídica do intento adjudicatório, por entender ser o pedido juridicamente impossível, vez que não se acha presente o pressuposto registral e o fato do contrato, embora quitado, ainda contar com pendência financeira.

Pois bem, doutrinadores divergem a respeito das condições da ação de adjudicação compulsória, precipuamente quanto à imprescindibilidade de ser, ou não, registrado o título contratual.

De modo que a parte minoritária vem sustentando o entendimento de que, "em se tratando de direito à ação adjudicatória decorrente de uma "obrigação de fazer", tem ela caráter de "direito pessoal", e, para sua exigência, independe de inscrição no Registro de Imóveis, cuja finalidade única é a de fazer valer o contrato contra terceiros". E argumentam que essa ação pessoal provém dos termos do contrato, ou seja, a execução obrigacional é ínsita no compromisso assumido, dessumindo que o permissivo legal aplicável à espécie é o contido no art. 639, do estatuto processual civil, combinado com o estatuído no art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

De outra banda, a maioria, na esteira do entendimento predominante no STF, orienta-se no sentido da exigibilidade do registro, no álbum imobiliário, do instrumento de promessa de compra e venda para o consectário da ação de adjudicação compulsória, aduzindo que da inscrição é que advém os efeitos de direito real, oponível a terceiros, e o direito à ação, conforme estatuído pela letra da lei. Antecipo que é esta a corrente que acompanho.

Dito isto, entendo ainda faltar outro requisito ao intento adjudicatório, que é a quitação integral do bem imóvel, que, embora se tenha notícia que fora quitado, conforme documento de fl., resta diminuta pendência no valor de R$ 300,00 (trezentos reais).

Assim, ainda que me inclinasse a abstrair a divergência interpretativa das normas legais pertinentes à exigibilidade ou não da efetivação do registro (inscrição) do instrumento negocial, sobreleva notar que, segundo princípios que norteiam nosso ordenamento jurídico substantivo e processual, a sentença não dispõe de um condão saneador de título irregular para fins de adjudicação compulsória.

Portanto, por tratar o presente caso de ação adjudicatória proposta em

desfavor de quem ainda não é titular do domínio do imóvel objeto da lide, se está diante de pleito juridicamente impossível, vez que não há possibilidade de conversão do compromisso de compra e venda, em título definitivo de aquisição da propriedade.

Destarte, no caso em apreço, agiu corretamente o Togado ao dar por improcedente o pleito de substituição de caução, ante a falta de amparo legal, uma vez que, conforme já destaquei, o credor, ora apelado, não está obrigado a aceitar, em virtude do ajuizamento de ação de caução, bem diverso daquele que foi dado em garantia no contrato firmado entre as partes.

Posto isso, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo-se indene o decreto sentencial.

É como voto.

Fortaleza, 10 de abril de 2012.

PROCESSO Nº: 0000434-45.2009.8.06.0029
TIPO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: ACOPIARA
APELANTE: FLÁVIA ALVES BEIRÃO
APELADAS: BRADESCO AUTO/RE COMPANHIA DE SEGUROS S/A E CONSÓRCIO NACIONAL DAS SEGURADORAS LÍDER DPVAT
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: APELAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL.- SEGURO DPVAT - LEI Nº 11.482/2007. DIFERENÇA ENTRE INVALIDEZ PERMANENTE E DEBILIDADE PERMANENTE. DANO ESTÉTICO - CICATRIZ QUELOIDIANA NA FACE ANTERIOR DO JOELHO ESQUERDO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. INVALIDEZ PERMANENTE - NÃO COMPROVAÇÃO. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

I - A apelante sofreu um acidente, em 16 de abril de 2008, resultando em uma cicatriz queloidiana com cerca de 12 (doze) centímetros, localizada na face anterior do joelho esquerdo, enquadrando-se em uma deformidade permanente, conforme consta no laudo de sanidade em lesões corporais.

II - O seguro DPVAT tem a finalidade de indenizar as vítimas em caso de morte, invalidez permanente total ou parcial e reembolso das despesas médico-hospitalares. A mera existência de deformidade permanente, no caso uma cicatriz, não guarda razoabilidade nem proporcionalidade com sua pretensão.

III - A invalidez permanente é o estado em que o indivíduo torna-se inapto de continuar a realizar atividade laboral, não sendo suscetível de reabilitação ou outra atividade que garanta sua subsistência, o que implica em uma mudança indesejada de vida da pessoa. Já a deformidade permanente se refere ao estado em que há um prejuízo estético, mas não funcional. São danos aparentes que afetam a subjetividade da vítima, aborrecendo-a ou lhe causando incômodo, podendo inclusive afetar sua autoestima**.** Ante tal diferenciação é que o DPVAT não indeniza danos estéticos.

IV – Apelação cível conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

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

0000434-45.2009.8.06.0029, em que são partes as retro 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.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação interposto por Flávia Alves Beirão, nos autos da ação de cobrança de Seguro Obrigatório DPVAT por ela ajuizada, em face de Bradesco Auto/Re Companhia de Seguros S/A e Consórcio Nacional das Seguradoras Líder DPVAT, objetivando a reforma da referida sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Acopiara, que julgou improcedente o pedido articulado na inicial. (fls. 106/121)

Às fls. 125/135, alega a apelante, em suas razões, que: a) não recebeu valor algum a título de indenização decorrente do Seguro DPVAT; b) sofre de deformidade permanente no membro inferior esquerdo de acordo com o "laudo de sanidade em lesão corporal"; c) o laudo junto aos autos é prova inequívoca da invalidez permanente; d) o grau de invalidez não importa para que seja deferida a indenização em seu grau máximo, bastando para tanto a demonstração da incapacidade permanente; e e) o acidente ocorreu antes da edição da Lei nº 11.945/09, não sendo esta aplicável ao caso em pauta.

Em contrarrazões apresentadas, às fls. 148/154, o Bradesco Companhia de Seguros S/A suscita, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva. No que pertence ao mérito, defende o apelado: a) a ausência de invalidez em virtude da inexistência de laudo pericial conclusivo; b) a necessidade de realização de perícia médica; c) a aplicação dos juros legais, se devidos, contados a partir da citação; e d) a incidência da correção monetária, na hipótese de condenação da ré, o índice de atualização vigente no mês do ajuizamento da ação.

Por fim, requer que seja negado provimento ao recurso de Apelação, bem como no caso de condenação em honorários que seja respeitado o limite de 15% (quinze por cento).

Não consta nos autos a realização de pagamento administrativo.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

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

Tal como já adiantado pelo relatório, o debate instaurado na vertente sede processual busca a reforma da referida sentença, às fls. 106/121, nos autos da ação de cobrança securitária ajuizada por Flávia Alves Beirão.

Extrai-se dos autos que em 16 de abril de 2008 a autora foi vítima de acidente automobilístico, resultando em uma cicatriz queloidiana com cerca de 12 (doze) centímetros de extensão, localizada na face anterior do joelho esquerdo, enquadrando-se em uma deformidade permanente, conforme consta no laudo de sanidade em lesões corporais. (fl. 19)

O presente caso, tendo em vista a data do sinistro, se encontra albergado pela Medida Provisória nº 340, de 29 de dezembro de 2006, posteriormente consolidada pela Lei Federal nº 11.482, de 31 de maio de 2007, que estabeleceu novos valores para as indenizações desvinculadas do salário mínimo.

A Lei nº 11.482/07 não alterou o *caput* do art. 5º da Lei nº 6.194/74, que autoriza o recebimento da indenização referente ao seguro obrigatório, exigindo apenas a prova do acidente e do dano decorrente.

> Art. 5º. O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.

Nesse caminhar, respeitando a incidência da legislação mencionada acima, que modificando o art. 3º da Lei nº 6.194/74, dispõe expressamente em seu art. 8º que:

> Art. 8º. Os arts. 3º, 4º, 5º e 11 da Lei nº 6.194, de 19 de dezembro de 1974, passam a vigorar com as seguintes alterações:
> Art. 3º. Os danos pessoais cobertos pelo seguro estabelecido no art. 2º desta Lei compreendem as indenizações por morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares, nos valores que se seguem, por pessoa vitimada:
> a) (revogada); b) (revogada); c) (revogada);
> I - R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de morte;
> II - até R$ 13.500,00 (treze mil e quinhentos reais) - no caso de invalidez permanente; e
> III - até R$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) - como reembolso à vítima - no caso de despesas de assistência médica e suplementares devidamente comprovadas. (NR)
> (…)
> Art. 5º.....
> § 1º. A indenização referida neste artigo será paga com base no valor vigente na época da ocorrência do sinistro, em cheque nominal aos beneficiários, descontável no dia e na praça da sucursal que fizer a liquidação, no prazo de 30 (trinta) dias da entrega dos seguintes documentos:

Percebe-se que o artigo acima mencionado dispõe sobre as indenizações em caso de morte, invalidez permanente e despesas de assistência médica e suplementares. Em nenhum momento, o dispositivo fala em deformidade permanente, como é o caso dos autos, uma cicatriz queloidiana de 12 (doze) centímetros no joelho esquerdo,

conforme laudo à fl. 19.

Cicatriz queloidiana é uma cicatriz volumosa, grossa e que pode apresentar dor e coceira local. Mas o principal efeito é estético. Esse tipo de cicatriz é determinada geneticamente.

Vale ressaltar que caracteriza a invalidez permanente o estado em que o indivíduo torna-se inapto de continuar a realizar atividade laboral, não sendo suscetível de reabilitação ou outra atividade que garanta sua subsistência, o que implica em uma mudança indesejada de vida da pessoa. Já a deformidade permanente se refere ao estado em que há um prejuízo estético, mas não funcional. São danos aparentes que afetam a subjetividade da vítima, aborrecendo-a ou lhe causando incômodo, podendo inclusive afetar sua autoestima.

No caso em análise, não há nexo de causalidade entre o acidente e os danos sofridos pela vítima, visto que o Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de via Terrestre não indeniza danos estéticos.

Ademais, não se pode pretender equiparar todas as situações por agredir princípios como o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

Para elucidar a explanação acima, colaciono jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INOCORRÊNCIA. AÇÃO DE COBRANÇA DE SEGURO OBRIGATÓRIO (DPVAT). INVALIDEZ PERMANENTE. SÚMULA 7 DO STJ.
> 1. Não há falar em negativa de prestação jurisdicional ou ausência de fundamentação quando o Tribunal de origem enfrenta a matéria posta em debate na medida necessária para o deslinde da controvérsia, de forma objetiva e fundamentada. O órgão julgador não está obrigado a se pronunciar acerca de todo e qualquer ponto suscitado pelas partes, mas apenas sobre os considerados suficientes para fundamentar sua decisão.
> 2. De acordo com artigo 3º da Lei 6.194/74, os danos pessoais cobertos pelo seguro DPVAT compreendem as indenizações por morte, por invalidez permanente, total ou parcial, e por despesas de assistência médica e suplementares. 3. Tendo o Tribunal local, após a análise do acervo fático probatório dos autos, concluído que a vítima não padece de invalidez permanente, mas sim de debilidade permanente, chegar a entendimento diverso, com o fito de reconhecer o dever de indenizar, demandaria o reexame de fatos e provas, o que é inadmissível na via do recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." Relator: Ministro Vasco Della Giustina. Órgão Julgador: T3 – Terceira turma. Data do julgamento: 26/04/2011. Data da publicação: 11/05/2011.

No mesmo sentido, acosto entendimento jurisprudencial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> "AÇÃO DE COBRANÇA - DPVAT - DEFORMIDADE PERMANENTE - CICATRIZ - AUSÊNCIA DE INVALIDEZ PERMANENTE - DEVER DE NÃO INDENIZAR - RECURSO IMPROVIDO. - O seguro DPVAT tem a finalidade de indenizar as vitimas de acidentes automotores, em virtude de morte ou invalidez permanente total ou parcial. - Entende-se por invalidez permanente total ou parcial a perda ou redução, em caráter definitivo, das funções de um membro ou órgão, em decorrência de acidente provocado por veículo automotor. - Em se tratando de recebimento do seguro DPVAT é imperioso esclarecer que a deformidade permanente de um membro por força de estética jamais pode ser confundida com um caso de invalidez permanente." Relator: Nicolau Masselli. Data do julgamento: 13/01/2011. Data da publicação: 02/02/2011.

Feitas tais considerações, devo ponderar que a base fática exposta pela autora não guarda proporcionalidade com sua pretensão, pois o gravame suportado em decorrência do sinistro automobilístico não justifica o pagamento da pretendida indenização.

Diante de todo o exposto, submetendo-me à orientação jurisprudencial dominante fixada, conheço do recurso, para negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença do juízo singular por seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 11 de julho de 2012.

Apelação Cível nº 0003423-40.2000.8.06.0158
Apelantes: BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A e
Sudameris Arrendamento Mercantil S/A
Apelado: José Almir Paz
Apelação Cível nº 0003209-49.2000.8.06.0158
Apelantes: BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A e
Sudameris Arrendamento Mercantil S/A
Apelado: José Almir Paz
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. CONTRATOS FIRMADOS NO ANO DE 1997. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. IMPOSSIBILDIADE. MULTA POR MORA. LIMITAÇÃO A 2% DOS VALORES EM ATRASO. ART. 52, § 1º, DO CDC. AFASTAMENTO DA MORA. IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO DOS NOMES DOS DEVEDORES EM CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. MANUTENÇÃO DOS BENS NA POSSE DOS AUTORES/APELADOS. REDISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA.

I – Não é possível a pactuação de juros capitalizados em periodicidade inferior à anual nos contratos celebrados antes da Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000.

II – A multa por mora contratual é devida à razão de 2% sobre o valor da parcela em atraso porque os instrumentos obrigacionais foram celebrados após a vigência da Lei nº 9.298/1996, que alterou o § 1º do art. 52 do Código de Defesa do Consumidor.

III – A existência de encargos ilegais altera a substância da prestação a ser adimplida pelo devedor, motivo pelo qual descaracteriza a mora e torna ilegal a inscrição do seu nome em cadastros de proteção ao crédito.

IV – Permite-se que os bens permaneçam na posse do devedor, que deverá adimplir as prestações a que se obrigou com a exclusão das parcelas consideradas ilegais.

V – Redistribuição dos ônus de sucumbência, cabendo às apelantes o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios à razão de 60% e aos recorridos equivalentes a 40%.

Apelação interposta na ação ordinária conhecida e provida em parte; recursos constantes nos autos cautelares conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelações cíveis **0003423-40.2000.8.06.0158 e 0003209-49.2000.8.06.0158**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos, prover parcialmente o interposto na ação ordinária e desprover o lançado na medida cautelar, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

Cogita-se de recursos apelatórios interpostos por BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A e Sudameris Arrendamento Mercantil S/A contra sentenças proferidas pelo juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Russas em sede de ações revisional de contrato bancário e cautelar.

A sentença recorrida na ação revisional julgou que o contrato de arrendamento mercantil celebrado entre as partes, que previa reajustamento de acordo com a variação da moeda americana, importou em modificação da relação econômico-financeira do devedor/autor/apelado porque a modificação da política cambial ocorrida em 1998 ocasionou excessiva onerosidade das prestações ajustadas (fls. 780/795).

Nesta senda, decidiu distribuir equitativamente os ônus entre os arrendantes e o arrendatário a partir de janeiro de 1998, cabendo-lhes arcar com metade da variação cambial; determinar que a comissão de permanência seja cobrada à taxa de mercado, excluindo a cumulação com outros encargos moratórios, de remuneração, além da correção monetária, não podendo superar a soma dos seguintes encargos: taxa de juros remuneratórios pactuada, juros de mora e multa contratual; exclusão da capitalização mensal dos juros; limitação da multa por mora a 2% da dívida; e, por fim, reconhecer a sucumbência recíproca e distribuir as despesas processuais em 70% para BCN Leasing e Arrendamento Mercantil S/A e Sudameris Arrendamento Mercantil S/A e 30% para o autor e condenar as já citadas sociedades empresariais ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10 salários mínimos e o autor na quantia de três salários mínimos.

Às fls. 798/802 repousa o apelo da ré BCN Leasing e Arrendamento Mercantil S/A, comprovando-se o preparo à fl. 803. Alega, nas razões, que a sucumbência foi desproporcional porque a maioria dos pedidos do autor foram indeferidos (repetição do indébito em dobro, limitação dos juros, expurgo da comissão de permanência e nulidade da cláusula de variação cambial). Requereu a reforma do *decisum* para desvincular o arbitramento dos honorários a múltiplos de salários mínimos e à distribuição da sucumbência recíproca.

O promovido Sudameris Arrendamento Mercantil S/A apresentou apelação às fls. 804/809. Preparo à fl. 810.

Alega, em razões recursais, que a condenação merece reforma em três pontos: exclusão do anatocismo, limitação da multa contratual e distribuição dos ônus de sucumbência, inclusive honorários.

Contrarrazões às fls. 812/838 pugnando pela manutenção integral do *decisum*.

Na ação cautelar, a reitora do feito decidiu julgar parcialmente procedentes os pedidos formulados pelo autor, concedendo a cautela para o fim de determinar a manutenção dos bens na posse deste último, devendo as credoras retirarem o nome do devedor dos cadastros de proteção ao crédito. Condenou a requerida Sudameris Arrendamento Mercantil S/A ao pagamento de honorários no valor de R$ 1.000,00 e que cada uma das outras partes arcassem com a verba profissional de seus advogados. Dividiu as custas em 25% para cada parte.

Apelação do réu BCN Leasing Arrendamento Mercantil S/A às fls. 395/403. Afirma que a simples paralisação dos pagamentos mensais caracterizou a rescisão do contrato e o direito de retornar o objeto da avença ao patrimônio da credora. No mesmo sentido, a retirada do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes não se mostra viável pela existência de dívida não paga.

Recurso de Sudameris Arrendamento Mercantil S/A às fls. 405/408 e preparo à fl. 410. Argui que a retirada do nome do autor dos cadastros de proteção ao crédito não se mostra possível em face da dívida acumulada, sendo necessário o depósito judicial da parte incontroversa da dívida para que o devedor seja mantido na posse do bem.

Intimado a apresentar contra-apelo (fl. 411), o promovente deixou fluir *in albis* o prazo de que dispunha (fl. 411-verso).

Ascendidos os cadernos recursais a este Tribunal de Justiça, vieram-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

Recursos tempestivos e cabíveis.

Foram devolvidos em sede de apelação na via ordinária os seguintes temas: exclusão do anatocismo, limitação da multa contratual e distribuição dos ônus de sucumbência, inclusive honorários; já na lide cautelar, os recursos versam sobre: rescisão contratual pela paralisação dos pagamentos mensais, retorno do objeto da avença ao patrimônio da credora, manutenção do nome do devedor dos cadastros de inadimplentes.

Os contratos de arrendamento mercantil de que tratam as lides foram firmados no ano de 1997, ou seja, são anteriores à Medida Provisória nº 1.963-17,

de 30/03/2000, cujo art. 5º, prescreve: "nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

Não se permite a capitalização de juros em período inferior a um ano, porque também não houve expressa pactuação nos instrumentos contratuais celebrados entre as partes.

Neste sentido a jurisprudência atual do STJ:

> **RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. MORA. DESCARACTERIZADA. COBRANÇA DE ENCARGOS ILEGAIS. VEDAÇÃO DA INSCRIÇÃO DO NOME DO CONTRATANTE NOS CADASTROS DE INADIMPLENTES. MANUTENÇÃO DO DEVEDOR NA POSSE DO BEM. POSSIBILIDADE.**
>
> **I.- É admissível a capitalização mensal dos juros nos contratos celebrados a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, desde que pactuada.**
>
> II.- É impossível, em sede de Recurso Especial, rever a conclusão do Acórdão de que não houve pactuação de capitalização mensal dos juros, ante os óbices das Súmulas 5 e 7 desta Corte.
>
> III.- A cobrança de encargos ilegais no período da normalidade descaracteriza a mora do devedor.
>
> **IV.- Admite-se o deferimento dos pedidos de vedação de inscrição do nome do contratante nos órgãos de proteção ao crédito e de manutenção do devedor na posse do bem uma vez descaracterizada a mora pela cobrança de encargos ilegais.**
>
> **Agravo improvido. (AgRg no REsp 1077479/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/05/2011)**

> **AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO BANCÁRIO. MÚTUO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. AÇÃO REVISIONAL. DISPOSIÇÕES DE OFÍCIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 381 DO STJ. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PACTUAÇÃO. ABUSIVIDADE CARACTERIZADA. MORA AFASTADA.**
>
> **1. Conforme jurisprudência assente desta Corte, não é possível a revisão, de ofício, de cláusulas contratuais consideradas abusivas (Súmula 381/STJ).**
>
> **2. Somente é cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação da MP 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada.**
>
> **3. Consoante entendimento pacificado da Segunda Seção, a cobrança de encargos indevidos importa na descaracterização da mora (Eresp 163.884/RS).**
>
> **4. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. (AgRg no**

REsp 919.189/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 16/03/2011)

A multa por mora contratual é limitada a 2% (dois por cento) de cada parcela em atraso, como prevê o art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, constatando-se que os instrumentos obrigacionais foram firmados após a vigência da Lei nº 9.298/1996.

A Súmula nº 285 do STJ assim pontifica:

> Nos contratos bancários posteriores ao Código de Defesa do Consumidor incide a multa moratória nele prevista.
> (Súmula 285, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/04/2004, DJ 13/05/2004 p. 201)

A distribuição dos ônus da sucumbência merece ser revista diante da extensão da revisão judicial dos contratos.

O autor foi vencido em parte no pedido principal formulado para excluir a indexação das parcelas contratuais à moeda americana e totalmente quanto à incidência da comissão de permanência. Sagrou-se vencedor no que pertine à exclusão da capitalização mensal e da restrição à multa por mora.

Portanto, a distribuição dos encargos de sucumbência não se mostrou equitativo e proporcional à sucumbência recíproca, razão pela qual julgo que cabe às promovidas/apelantes o pagamento de custas processuais e de honorários advocatícios na proporção de 60% e aos promoventes/apelados equivalentes a 40%, permitindo a compensação.

Insurgem-se, ainda, as recorrentes quanto à manutenção dos bens na posse dos autores e à retirada dos cadastros de proteção ao crédito.

In casu, alguns dos acessórios contratuais que foram julgados ilegais, fato este que desconstitui a mora do devedor, assim como afasta a legalidade da inscrição em órgãos de proteção ao crédito.

Cito jurisprudência do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CONTRATOS BANCÁRIOS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO SÚMULAS 5 E 7/STJ. DESCARACTERIZAÇÃO DA MORA. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. DISSÍDIO PRETORIANO. DEFICIÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO.
> 1. Somente é cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação da MP 2.170-36/2001, desde que expressamente pactuada.
> 2. Consoante entendimento pacificado da Segunda Seção, a cobrança de encargos indevidos importa na descaracterização da mora (Eresp 163.884/RS).
> 3. A repetição de indébito é admitida na forma simples, independentemente da prova do erro (súmula 322/STJ).

> 4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (AgRg no REsp 1100890/RS, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, DJe 01/08/2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - CAPITALIZAÇÃO DOS JUROS - AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ - COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - CUMULAÇÃO COM ENCARGOS DE MORA - IMPOSSIBILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.
> 1.- É admissível a capitalização mensal dos juros nos contratos celebrados a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17/2000, desde que pactuada, o que não ocorreu no caso dos autos.
> 2.- É vedada a cobrança cumulada da comissão de permanência com juros moratórios e multa contratual. Por outro lado, esse encargo pode ser calculado à base da taxa média dos juros no mercado, desde que não exceda a taxa do contrato convencionada pelas partes (Súmula 294/STJ).
> 3.- A cobrança de encargos ilegais no período da normalidade descaracteriza a mora do devedor.
> 4.- O Agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> 5.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1402370/SC, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 27/06/2011)

Isto posto, conheço das apelações e dou parcial provimento à lançada na lide ordinária e apenas para redistribuir os ônus de sucumbência, desprovendo, por conseguinte, os recursos manejados na medida cautelar.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

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.

Fortaleza, 28 de fevereiro de 2012.

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. 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

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

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 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.

Processo nº 0009125-71.2000.8.06.0091
Apelação Cível de Iguatu
Apelante: Francisco Alves Teixeira
Apelado: Banco do Brasil S.A
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALEGAÇÃO DE FRAUDE NÃO DEMONSTRADA. EXCESSO DE EXECUÇÃO. REVISÃO DO MONTANTE DEVIDO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras;

2. Tendo a parte aquiescido com o objeto do contrato, firmando seu nome como avalista, não lhe é lícito, até por questões morais, pretender atacar o ajuste por fraude sem que haja comprovação de suas alegações;

3. Configurada a desproporção na correção do montante devido, mister se faz a revisão da contratualidade para o fim de afastar: a) os juros remuneratórios superiores a 12% ao ano; b) a cobrança de comissão de permanência, por ser esta inviável, pois estes contratos possuem encargos de inadimplência previstos em legislação específica; c) a multa contratual superior a 2%, pois se trata de relação de consumo.

4. Apelo conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº0009125-71.2000.8.06.0091 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 13 de março de 2012.

VOTO

Conheço do recurso porque está ornado dos requisitos necessários à sua apreciação.

O apelante, Sr. Francisco Alves Teixeira, investiu contra a sentença de parcial procedência dos embargos opostos à execução que lhe moveu o Banco do Brasil S/A, pretendendo a quantia de R$ 76.703,89 (setenta e seis mil setecentos e três reais e oitenta e nove centavos), decorrente da Nota de Crédito Comercial nº. 96/00063-5, firmada em 29.04.1996, fls. 08 *usque* 10, sustentando que foi induzido à erro, ao crer haver assinado como testemunha e não como avalista de tratativa com a Sra. Maria

Bringel de Oliveira, à época gerente do Banco do Brasil de Iguatu. Argumentando, inclusive, que houve excesso de execução questiona os encargos praticados.

Pois bem. Inobstante alguma resistência em passado recente, mister asseverar que solidificada resta a interpretação de que nos contratos bancários incidem as normas protetivas da Lei n. 8.078/90. De mais a mais, sumulado o entendimento de que "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" (Súmula 297 do STJ). Assim, são os ensinamentos da doutrina pátria:

> "Contratos bancários. Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários, expressamente previstos no CDC 3º, § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do CCom 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o *caput* do CDC 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre, fornecedor de produtos e serviços. (NERY JÚNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado. 3 ed. São Paulo: RT, 1997. p. 1372, nota n. 12).

Portanto, plenamente viável a revisão contratual almejada, porquanto mitigado o princípio da força obrigatória dos contratos, em se tratando de matéria consumerista.

Quanto à fraude afirmada pelo apelante desde os seus primeiros argumentos, entendo não merecer revisão, vez que, ao levá-los ao juízo original, não cuidou em carrear aos autos a prova de suas alegações, restando alijadas da causa já pelo Julgador de planície. Irretorquível, portanto a atuação do Togado. Não está demonstrado nenhuma situação de erro, coação ou outra qualquer causa de nulidade absoluta.

No que diz respeito à tese entabulada de cerceamento de defesa, em razão de haver sido prolatado julgamento antecipado da lide, verifica-se da análise dos fólios processuais, a sua inocorrência, uma vez que não restou evidenciado pelo suplicante qualquer prejuízo ante a ausência de oitiva das testemunhas arroladas e, por não ser relevante ao deslinde da causa, a qual trata de questão de direito e de fato, sem necessidade de produção de prova em audiência, nos termos do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Senão vejamos:

> "O Código de Processo Civil (artigos 243 e 244) privilegia ao máximo a validade dos atos processuais, desde que os fins de justiça do processo e a finalidade do ato sejam alcançados (princípio da instrumentalidade das formas). Além disso, a declaração da nulidade dos atos processuais depende da demonstração da existência de prejuízo à parte interessada (*pas de nullité sans grief*)." (STJ, REsp1014705/MS, Rel. Min. MASSAMI UYEDA, 3ª T., j. em 24/08/2010, Dje14/09/2010)

E ainda que assim não fosse, o magistrado é o destinatário das provas, cabendo-lhe seu livre exame, observada a diretriz da persuasão racional, bem ainda o dever de motivação da decisão judicial, nos termos dos art. 130 e 131, ambos do Código de Processo Civil. Por oportuno, a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco:

> "A razão pela qual se permite a antecipação do julgamento do mérito é invariavelmente a desnecessidade de produzir provas. Os dois incisos do art. 330 desmembram essa causa única em várias hipóteses, mediante uma redação cuja leitura deve ser feita com a consciência de que só será lícito privar as partes de provar quando as provas não forem necessárias ao julgamento. Não se antecipa a decisão do mérito quando ainda faltarem esclarecimentos sobre algum ponto relevante da demanda ou da defesa. Só se antecipa quando nenhuma prova seja necessária - nem pericial, nem oral, nem documental." (Instituições de direito processual civil. 4. ed. São Paulo: Malheiros, v. III, p. 555)**.**

A esse propósito, trago à colação aresto do Superior Tribunal de Justiça:

> "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, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 30/08/2011). (grifei)

No tocante ao excesso de execução alegado pelo suplicante, com arrimo no art. 743, inciso I, do CPC, albergado sob a luz dos princípios consumeristas que salvaguardam o consumidor de eventuais abusos da contratualidade, tenho por correta a decisão monocrática que afastou a capitalização de juros.

Nessa linha de ideias, comporta provimento na vertente *quaestio* a revisão dos juros remuneratórios quando superiores a 12% ao ano, pois não é admitida no contrato em causa, por ser ausente regulamentação específica do Conselho Monetário Nacional, a quem compete fixar as taxas de juros aplicáveis nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial (art. 5º do Decreto-lei n. 413/69). Nesta senda:

> "PROCESSUAL CIVIL E FALÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOTA DE CRÉDITO COMERCIAL. JUROS REMUNERATÓRIOS.LIMITAÇÃO. DECRETO 22.626/33. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. NÃO PROVIMENTO.
> 1. **"No tocante às cédulas e notas de crédito comercial, esta Corte tem entendimento assente no sentido de que, omitindo-se o Conselho Monetário Nacional em fixar as taxas de juros aplicáveis aos títulos de crédito comercial (Decreto-Lei nº 413/69 c/c o art. 5º da Lei nº6.840/80), como é o caso presente, prevalece o art. 1º, *caput*, da Lei de Usura, que veda a cobrança de juros em percentual superior a 12% ao ano."** (AgRg no REsp 1018282/MS, Rel. Min. Fernando Gonçalves,Quarta Turma, unânime, DJe 24/11/2008)
> 2. "A mora é descaracterizada pela cobrança de encargos ilegais no chamado período de normalidade." (AgRg no REsp 1123191/MG, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, unânime, DJe 10/09/2010)
> 3. Agravo regimental não provido." (grifei)

No que pertine à cobrança de comissão de permanência nas cédulas de crédito comercial, rural e industrial, esta é inviável, pois estes contratos possuem encargos de inadimplência previstos em legislação específica (art. 5º, parágrafo único e 58, do Decreto-Lei n.º 413/69 e art. 5º, da Lei n.º 6.840/80 c/c 52, § 1º, do CDC). Nesta esteira, o entendimento prevalente:

> "É cabível a cobrança da comissão de permanência, exceto nas cédulas e notas de crédito rural, comercial e industrial, quando contratada, respeitado o limite de juros remuneratórios pactuados, desde que não superiores à taxa média de mercado divulgada pelo Banco Central do Brasil, não sendo viável a cumulação do encargo com a correção monetária, juros remuneratórios, multa contratual ou com juros moratórios." (Enunciado III do Grupo de Câmaras de Direito Comercial do TJSC).

Acerca da redução da multa contratual para 2% com esteio no art. 52, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, embora os encargos moratórios para este tipo de contrato estejam previstos em legislação própria, em se tratando de relação de consumo, a multa contratual não pode superar o percentual de 2%, nos termos da norma referida.

Por todo o exposto, conheço do recurso e dou parcial provimento, no sentido de expurgar do valor pretendido na execução os juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, a comissão de permanência e multa contratual superior a 2%. Sucumbência na forma da fundamentação da sentença invectivada, como disposto no art.21, do Código de Ritos.

É como voto

Fortaleza, 13 de março de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0016598-14.2005.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: JOANA SOUSA DA SILVA
REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CAERÁ
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. AÇÃO ORDINÁRIA. EQUIPARAÇÃO DE PENSÃO INSTITUÍDA POR POLICIAL MILITAR EXCLUÍDO "A BEM DA DISCIPLINA" AOS VALORES A QUE ESTE FARIA JUS SE EM ATIVIDADE ESTIVESSE. LEI ESTADUAL Nº 10.972/84. PREVISÃO DE PENSÃO PROPORCIONAL A MILITARES EXPULSOS A BEM DA DISCIPLINA, DESDE QUE COMPLETADOS 10 (DEZ) ANOS DE EFETIVO EXERCÍCIO. PENSÃO CONCEDIDA NA MODALIDADE PROPORCIONAL. HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA RAZOABILIDADE, MORALIDADE E ISONOMIA. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA.

1. A pensão devida aos dependentes do militar excluído "a bem da disciplina" não pode ser igual à que se concede aos dependentes de servidor falecido, haja vista a incompatibilidade da natureza da inativação, à qual, no último caso, não se deu causa;

2. Previsão legal de pensionamento proporcional aos dependentes de militar que haja sido expulso da corporação "a bem da disciplina" com pelo menos dez (10) anos de efetivo exercício;

3. Acolher o pleito autoral consistiria em estímulo à falta de zelo no exercício laboral, bem como à prática reiterada de infrações, por parte do servidor militar, premiando-o por seu mau comportamento, ao garantir aos dependentes deste a livre e isenta percepção de benefício equivalente ao recebido por familiares de servidores involuntariamente acometidos por óbito. Recurso de Apelação e Remessa Oficial conhecidos e providos. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso de Apelação Cível e da Remessa Oficial, para DAR-LHES PROMOVIMENTO, a fim de reformar a sentença combatida, de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária proposta por JOANA SOUSA DA SILVA contra o ESTADO DO CEARÁ.

Na decisão vergastada, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente a ação, para ordenar o Estado do Ceará a reajustar, nos termos requeridos na inicial, à exceção das parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, a pensão que é devida à autora, de modo a conformá-la como o padrão vencimental que seu marido, se vivo fosse, receberia, na forma constitucionalmente determinada.

Alega a promovente, na inicial de fls. 03/15, que é beneficiária de montepio deixado pelo instituidor de seu benefício, Policial Militar, Sr. Antônio Honorato da Silva, percebendo mensalmente o importe de R$ 686,22, sendo que o promovido reduziu o valor da pensão para R$ 236,23, salientando que, com o advento da CF de 1988, *ex-vi* do art. 40, §7º, o valor do benefício deveria corresponder à totalidade dos proventos daquele falecido militar, se vivo fosse. Requer, ao fim, além da revisão da pensão, o pagamento das diferenças em atraso.

Junto à inicial, acostou os documentos de fls. 16/61.

Devidamente citado, o promovido ofereceu a contestação constante de fls. 67/74, alegando que a pensão a que faz jus a parte autora foi instituída devido à exclusão do militar "a bem da disciplina", e não devido ao evento morte, sendo inaplicável o Art. 40, §7º da CF ao caso em tela.

Réplica às fls. 79/102.

Decisão, às fls. 105/106, indeferindo o pleito de tutela antecipada.

O representante do Ministério Público, em parecer acostado às fls. 107/111, deixou de apresentar manifestação de mérito, por entender não haver interesse público na demanda.

O MM. Juiz de primeiro grau sentenciou, às fls. 114 *usque* 117, julgando procedente a ação, para ordenar o Estado do Ceará a reajustar, nos termos requeridos na inicial, à exceção das parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, a pensão que é devida à autora, de modo a conformá-la como o padrão vencimental que seu marido receberia, se vivo fosse.

Apelação, pelo Estado do Ceará, constante de fls. 120/126, alegando, em suma, que a apelada não é destinatária do comando encartado no art. 40, §5º da CF, vez que o ato gerador da pensão não foi o evento morte, e sim a exclusão do militar das fileiras da PMCE.

Contrarrazões às fls. 129/143.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos distribuídos à Eminente Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima, em 23/04/2010.

Instada a se manifestar, a douta Procuradora Geral de Justiça, em parecer constante das fls. 157/162, opinou pelo conhecimento dos recursos, e pelo seu provimento, a se reformar a sentença combatida.

Redistribuídos os autos a esta Relatoria em 03/10/2011. Termo às fls. 165.
É o relatório.
À douta revisão.

Fortaleza, 16 de novembro de 2011.

VOTO

Conheço do Reexame Necessário, posto que atendidos os requisitos próprios, nos termos do Art. 475, do CPC, bem como do Recurso de Apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO, em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária proposta por JOANA SOUSA DA SILVA contra o ESTADO DO CEARÁ, que julgou procedente o pleito autoral, para ordenar o Estado do Ceará a reajustar, nos termos requeridos na inicial, à exceção das parcelas atingidas pela prescrição quinquenal, a pensão que é devida à autora, de modo a conformá-la como o padrão vencimental que seu marido receberia, se vivo fosse.

O Estado do Ceará interpôs recurso de Apelação alegando, em síntese, que a apelada não é destinatária do comando encartado no art. 40, §5º da CF, vez que o ato gerador da pensão não foi o evento morte, e sim a exclusão do militar das fileiras da PMCE.

Pleiteia a apelada a equiparação do pensão que recebe a valor equivalente a que faria jus caso estivesse seu esposo no exercício de suas funções, estribando sua pretensão nas disposições constitucionais insertas no art. 40, §§ 4º, 5º e 6º.

Compulsando os autos, vê-se que as cópias dos documentos colacionados às fls. 26/29 dão conta de não se haver originado o benefício percebido pela recorrida em razão da morte de seu instituidor, mas da exclusão deste "a bem da disciplina" da corporação miliciana estadual.

Os preceitos constitucionais invocados pela promovente denotam a intenção do constituinte de resguardar os direitos dos pensionistas de servidores estaduais falecidos. Não se enquadra em tal hipótese o caso que ora se analisa, cogitando-se, em verdade, de benefício oriundo não no evento morte, mas sim na exclusão de servidor militar "a bem da disciplina".

Revela-se como intenção do constituinte a de proteger de eventuais decréscimos vencimentais os beneficiários de pensão concedida por ocasião de infortúnio por estes experimentado em decorrência do falecimento de ente querido, concedendo-lhes pensão na forma integral, como meio de salvaguardar a família.

Afigura-se-nos desarrazoado admitir a utilização de expediente idêntico, a saber, o pleito de equiparação vencimental à percepção de pensão integral, em favor de pensionistas de servidores expulsos dos quadros da Polícia Militar em razão de

mau comportamento, representando tal instituto verdadeira afronta aos princípios da moralidade, da razoabilidade e da isonomia.

Acolher o pleito autoral consistiria em estímulo à falta de zelo no exercício laboral, bem como à prática reiterada de infrações, por parte do servidor militar, premiando-o por seu mau comportamento, ao garantir aos dependentes deste a livre e isenta percepção de benefício equivalente ao recebido por familiares de servidores involuntariamente acometidos por óbito.

Enuncia o art. 15 da Lei Estadual nº 10.972/84:

> Art. 15 - O oficial da ativa, da reserva remunerada ou reformado, contribuinte obrigatório, que perder posto e patente e, nas mesmas condições, a praça que for excluída a bem da disciplina, com 10 (dez) ou mais anos de efetivo serviço, por efeito de sentença ou em virtude de ato de autoridade competente, deixará aos seus beneficiários a pensão correspondente ao respectivo posto ou graduação.

Da leitura do dispositivo acima, infere-se que deve a pensão para os dependentes de militar excluído a bem da disciplina ser concedida a seus beneficiários de forma proporcional, desde que aquele conte com no mínimo dez anos de efetivo exercício.

A concessão na modalidade proporcional deve ser interpretada, consoante o tem sido no âmbito jurisprudencial, como medida que visa única e exclusivamente à proteção dos familiares do militar expulso, razão por que não se concebe de seu deferimento na forma integral, a constituir um prêmio ao mau comportamento.

Esta Corte já se posicionou neste sentido, conforme se depreende do entendimento expresso nos julgados ementados a seguir:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. ESPOSA DE EX-POLICIAL EXCLUÍDO DAS FILEIRAS A BEM DA DISCIPLINA. DIREITO A BENEFICIO PROPORCIONAL. 1. A praça que sofreu expulsão, deixará aos seus herdeiros "a pensão militar para que tiver contribuído". 2. A regra excepcional concede benefício proporcional a dependentes de ex-Policial Militar excluído das fileiras a bem da disciplina, desde que tenha estabilidade assegurada ao tempo da expulsão, nos moldes das disposições da Constituição de 1988. 3. Conceder benefício a cônjuge da praça expulsa a bem da disciplina em valor idêntico ao da pensão por morte viola os princípios da isonomia, razoabilidade, moralidade,premiando o mau comportamento. 4. Apelação improvida. (Apelação Cível nº 2000.0014.3926-0/0, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, julgado em 07/02/2007, DJCE de 12/03/2007, p. 07.)
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO MILITAR. ESPOSA DE EX-POLICIAL EXCLUÍDO DA CORPORAÇÃO A BEM DA DISCIPLINA. PRELIMINAR.

> PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. DESACOLHIMENTO. MÉRITO. DIREITO A BENEFÍCIO EM IDÊNTICO VALOR AO DA PENSÃO POR MORTE. INADMISSIBILIDADE. 1. O ato violador do direito tido como líquido e certo pela impetrante, em verdade, não se deu quando da concessão do benefício em questão, como afirmado pelo Estado, mas sim a partir da redução da pensão militar pela autoridade impetrada. Com efeito, tanto o prazo decadencial para a impetração do referido *writ* quanto o prazo prescricional quinquenal de fundo de direito foram inegavelmente observados. Preliminar rejeitada. 2. A Constituição Federal, em seu artigo 40, §7º, prevê que o benefício da pensão por morte será igual ao valor da totalidade dos proventos do servidor falecido, nada mencionando sobre a pensão militar por motivo de exclusão de praça da referida Corporação. 3. Conceder benefício a cônjuge da praça expulsa a bem da disciplina em valor idêntico ao da pensão por morte viola os princípios constitucionais da isonomia, razoabilidade e moralidade. 4. Apelação Cível conhecida, porém desprovida. Sentença mantida. (Apelação Cível nº 2005.0009.0071-9/0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, julgado em 1º/10/2007)

Assim, é de se reformar a sentença vergastada, inadmitindo a equiparação da pensão percebida pela apelada ao equivalente à pensão por morte, baseada nos proventos integrais, de modo a permitir que esta perceba pensão proporcional ao tempo de serviço desempenhado por seu esposo até sua exclusão "a bem da disciplina".

Ante todo o exposto, conheço do Recurso de Apelação e da Remessa Oficial, concedendo-lhes provimento. Após os cálculos em execução de sentença, da cifra a que faz jus, levando-se em conta sua pensão proporcional, caso seja encontrado montante que lhe seja devido, deve este ser corrigido, com os acréscimos legais, excetuando-se as parcelas atingidas pelo quinquênio prescricional. Invertida a sucumbência, recaem os ônus sucumbenciais sobre a autora, ora apelada, no montante estipulado na sentença, observando-se sua condição de miserabilidade, a isentar-lhe de seu pagamento até que se comprove a reversão de tal situação ou que transcorra a prescrição quinquenal.

É como voto.

Fortaleza, 16 de novembro de 2011.

PROCESSO Nº 0019446-95.2010.8.06.0001.
Natureza: Apelação Cível.
Apelante: Estado do Ceará.
Apelados: Francisco Rodrigues da Silva e Martinelle Chagas da Silva.
Ação de Origem: Ação Ordinária para continuidade em concurso público.
Local de Origem: 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NO CURSO DE FORMAÇÃO. RELATIVIZAÇÃO DA REGRA EDITALÍCIA. DEMORA DO ENTE PÚBLICO EM PROCEDER O CURSO DE FORMAÇÃO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. APELO NEGADO.

1. Trata-se de recurso voluntário de apelação interposto pelo Estado do Ceará contra sentença que determinou a permanência de candidatos em concurso público para preenchimento de vagas de policial militar do Estado do Ceará, e a consequente nomeação e posse no cargo, se cumpridas as exigências do edital.

2. A omissão do edital em constar a data de início do curso de formação para o cargo de soldado da polícia militar impede o candidato de aferir suas reais condições de participação no concurso, violando o princípio constitucional da razoabilidade.

3. A demora de mais de um ano para início do curso de formação para o cargo de soldado da polícia militar, quase alcançando o período de validade do concurso, mostra-se desarrazoado violando o princípio constitucional da proporcionalidade.

4. **E**m que pese haver previsão legal e editalícia, não deve ser excluído do concurso quem, ao tempo da inscrição no certame, atendia o requisito do limite de idade, pois o candidato não pode ser penalizado pela demora da Administração Pública em realizar todas as fases do concurso, nem mesmo pela imprecisão do edital aliada a este respeito. RECURSO NEGADO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso de Apelação Cível nº 0019446-95.2010.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas,

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo Estado do Ceará contra sentença

exarada pelo MM. Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza - Ceará, em Ação Ordinária para continuidade em concurso público que os apelados promoveram contra o apelante – fls. 219/232.

Quanto aos fatos, os apelados inscreveram-se em concurso público, patrocinado pelo Estado do Ceará, para preenchimento de vagas destinadas ao provimento do cargo de soldado da Polícia Militar, relatando que foram aprovados no exame intelectual e físico mas tiveram sua inscrição à terceira etapa negada pela comissão.

Neste sentido, os apelados ajuizaram a presente Ação Ordinária visando sua permanência no concurso, do qual foram alijados pelo apelante porquanto teriam ultrapassado o limite de idade exigida para a inscrição no curso de formação, última etapa do certame.

A sentença atacada, confirmando a liminar concedida anteriormente (fls. 116/122), decidiu pela procedência do pedido, determinando que o promovido, aqui apelante, proceda à nomeação e posse dos apelados no cargo de soldado da Polícia Militar, decorrente de aprovação em concurso público, para o qual preencheram todos os requisitos para sua investidura, incluindo o curso de formação – fls. 213/218.

Nas razões do recurso, o apelante argui preliminar para que a sentença seja recebida em duplo efeito, alegando, para tanto, que por se tratar de decisão contra a Fazenda Pública, esta só possui eficácia após confirmação pelo Tribunal, como dispõe o artigo 475, inciso I, do CPC, em detrimento à regulação contida no artigo 520, inciso VII, do mesmo diploma legal.

Além disso, ainda em preliminar, o apelante assevera que a inclusão dos candidatos na corporação implica em outorga de vencimentos e vantagens, cuja decisão nesse sentido, conforme legislação própria, se submete ao efeito suspensivo, a teor do que dispõe o artigo 3º da lei nº 8.437/1992.

Alega, ainda, o apelante, a aplicabilidade do artigo 2º – B, da Lei nº 9.494/97, pelo qual a execução da sentença que determina a inclusão dos apelados em folha de pagamento só terá executoriedade após o trânsito em julgado.

Aduz ainda que os candidatos não fazem jus à nomeação imediata por estar contestando sua reprovação em juízo, cabendo-lhe apenas a reserva de suas vagas até o deslinde definitivo da questão.

No mérito, o apelante pugna pela reforma da decisão argumentando sobre a legalidade da limitação de idade para inscrição no curso de formação e que não houve mora da Administração Pública quando da convocação dos candidatos para a etapa de formação.

Discorre, também, o apelante, sobre o princípio da impessoalidade e da isonomia, que, a seu ver, restará violado se for mantida a decisão que inclui na corporação candidato que não atenda aos requisitos propostos pelo certame, e sobre o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, o qual não permite o prosseguimento do candidato que não cumpriu requisito legal previsto no edital do certame. Requer, ao final, provimento do recurso apelatório para reforma da sentença em sua totalidade.

Contrarrazões dos apelados, alegando contrariedade no comportamento do apelante quando deseja que os apelados aguardem decisão judicial final para seu aproveitamento, enquanto promove nomeação de candidatos '*sub judice'* sem o devido provimento definitivo - fls. 255/257.

Argumentam, os apelados, sobre o desrespeito aos princípios da legalidade e da moralidade, razoabilidade e eficiência, a limitação de oferta ao curso de formação inicial, se o número de vagas extrapola o número de candidatos classificados, porquanto tal limitação ensejou aos candidatos apelados alcançarem a idade de 30 anos quando da convocação para novo curso de formação.

Os apelados consideram improcedentes as argumentações do apelante, insistindo na existência de direito líquido e certo, e requerem, ao final, o improvimento do recurso.

Colacionam, os apelados, copiosa documentação consistente em cópias de decisões sobre a matéria em discussão – fls. 260/523 e 554/595.

Cumpridas as devidas formalidades, subiram os autos a esta instância.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, na qual se expressa, inicialmente, sobre as preliminares arguidas pelo apelante, relacionando a alegação de litisconsórcio necessário e a alegação da emissão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública – fls. 537/550.

A princípio, a nobre Procuradora discorre sobre a desnecessidade de litisconsórcio em concurso público se os demandantes aprovados se situarem além do número de vagas ofertadas pelo edital. Após, sobre a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública, afirma a possibilidade de sua emissão para determinar a nomeação e posse de candidato a cargo público, embora implique inclusão em folha de pessoal.

No mérito, a nobre Procuradora discorda sobre a mora atribuída à Administração Pública para convocação dos candidatos relacionados para o curso de formação, considerando que "um lapso de tempo de pouco mais de um ano... ...não pode ser tido como desarrazoado", ainda mais, segundo a parecerista, dando-se a classificação dos apelados além do número de vagas ofertadas de início.

Considera, então, a regularidade do edital quanto à exigência do limite de idade prevista em lei, que, somada à inexistência da mora da Administração e à classificação fora das vagas iniciais, impede a pretensão deles, apelados, inclusive obstaculizando a aplicação da denominada 'teoria do fato consumado' ao presente caso. Finalmente, opina pelo conhecimento do recurso e por seu provimento para reformar a sentença recorrida, procedendo-se, ainda, a inversão do ônus sucumbencial.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso de apelação por parte do Estado do

Ceará, em face da decisão judicial de primeiro grau que determinou que o Estado apelante proceda à nomeação e posse dos apelados no cargo de soldado da Polícia Militar, por terem preenchidos os requisitos necessários à investidura, incluindo o curso de formação.

Inicialmente, entendo presentes os requisitos para interposição do recurso, ensejando seu conhecimento.

O apelante fundamenta sua pretensão na limitação de idade para o curso de formação, discorrendo que a manutenção da decisão viola o princípio básico da isonomia e o princípio administrativo da vinculação ao edital. Neste ponto restringe-se o mérito da questão.

Atento ao disposto no alentado parecer da Procuradoria de Justiça, observo que ali insere manifestação quanto às preliminares arguidas no recurso. Entretanto, verifico que os argumentos emitidos pela nobre Procuradora quanto à desnecessidade do litisconsórcio passivo dos candidatos não dizem respeito à insurgência estatal, porquanto, dita questão não foi abordada pelo recorrente.

Quanto à preliminar sobre a possibilidade da concessão de tutela antecipada em face do Estado, entendo assistir razão ao órgão Ministerial. Efetivamente, a possibilidade da concessão liminar contra o Estado, no caso em análise, visa a inserção do candidato em etapas posteriores do concurso, culminando com a investidura se cumpridas todas as exigências, quando então poderá ocorrer dispêndio pecuniário por mera consequência do preenchimento do cargo.

Não me parece, assim, que o aresto colacionado pelo apelante, referente à Lei nº 8.437/92, se adeque ao caso em análise, porquanto o artigo 3º reproduzido por ele, apelante, expressa a atribuição de efeito suspensivo à decisão "que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional...". Não se trata da mesma situação, pois os apelados ainda se encontram na condição de candidatos ao cargo disponibilizado, buscando provimento judicial para suas efetivações, quando, só então, opera-se os efeitos monetários como consequência lógica da nomeação e posse.

Ademais, o artigo mencionado refere-se a processo cautelar, que não é o caso da presente ação, que constitui procedimento ordinário para continuidade no concurso e efetivação em cargo público.

Da mesma forma, a mencionada Lei nº 9.494/97 também não se mostra aplicável à presente situação, uma vez que o artigo 2º – B, reproduzido pelo recorrente, impede a execução provisória da sentença proferida em face da Fazenda Pública quando os recursos beneficiarem "servidores públicos", condição ainda não atingida pelos candidatos que, como dito, ainda buscam permanecer no concurso e a efetivação no cargo pretendido.

Mesmo nesta condição, compatibilizando a exposição ministerial, entendo possível a permanência dos candidatos em fases posteriores do certame, ainda que implique em inclusão daqueles em folha de pessoal, uma vez que não vislumbro qualquer impedimento nas leis mencionadas àqueles que apenas pretendem se tornar

servidor na forma legal. Efetivamente, se o candidato ultrapassou as fases exigidas pelo concurso, mesmo com amparo judicial, para atingir a condição de servidor, resta-lhe apenas a investidura no cargo, como aqui estipulado pela decisão recorrida.

Veja-se adiante orientação da Corte Superior de Justiça sobre a concessão de liminar em face da Fazenda Pública, em caso similar.

> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. NOMEAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. É possível a concessão de liminar em face da Fazenda Pública nas hipóteses não vedadas pelos artigos 2º-B da Lei n.º 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei n.º 5.021/66, razão pela qual é admitida nas hipóteses em que o autor busca sua nomeação e posse em cargo público. Precedentes.
> 2. Agravo regimental improvido.". (STJ AgRg no REsp 1183448/DF Agravo Regimental no Recurso Especial 2010/0040661-7; Rel. Min. Maria Thereza De Assis Moura; Órgão Julgador 6ª Turma; Julg. 14/02/2012; Fonte DJe 27/02/2012).

Por outro lado, cediço que a sentença produzida contra a Fazenda Pública só revestirá eficácia após confirmação pelo órgão reformador (artigo 475 do CPC). Para tanto, em casos tais, a Fazenda Pública deve dar continuidade às etapas do certame, mas resguardar a vaga do candidato que busque a via judicial para fazer valer seu direito. Portanto, considerando a explanação contida no relatório, não vejo incompatibilidade entre a situação aqui destacada e a regra mencionada no apelo.

Reproduzo, abaixo, recente decisão do Superior Tribunal de Justiça quanto a reserva da vaga de candidato que segue em concurso público amparado por ordem judicial.

> "Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE CANDIDATO *SUB JUDICE*. DIREITO LÍQUIDO E CERTO À RESERVA DE VAGA.
> 1. A jurisprudência no âmbito do Superior Tribunal firmou o entendimento de que o candidato que permanece no certame público por força decisão judicial provisória não tem direito líquido e certo a nomeação, sendo-lhe assegurado apenas a reserva de vaga.
> 2. Precedentes: AgRg no REsp 1221586/MS, Rel. Ministro Castro Meira. DJe 25/03/2011; MS n.º 12.786/DF, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJe de 21/11/2008; RMS n.º 22.473/PA. Relator o Ministro Felix Fischer. DJ de 4/6/2007; REsp n.º 677.072/AL. Relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca. DJ de 5/12/2005.
> 3. Agravo regimental a que se nega provimento.". (STJ AgRg no RMS 22925/PA Agravo Regimental no Recurso em Mandado de Segurança 2006/0222694-7; Rel. Min. VASCO DELLA GIUSTINA (Des. Convocado do TJ/RS); Órgão 6ª Turma; Julg. 13/12/2011; Fonte DJe 19/12/2011).

Portanto, considerando a exposição supra, rejeito as preliminares arguidas pelo apelante.

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". (STJ RMS 18.759/SC, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, Julgado em 09/06/2009, Fonte 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 Oficiais Militares – QOPM, ou 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 os apelados possuíam 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 dos apelados 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 pelos apelados será expressivo, na medida em que, embora devidamente aprovados nas etapas já realizadas, serão eliminados do certame no qual se inscreveram em período em que obedecia às exigências constantes do instrumento editalício, demonstrando especificamente, à

época, possuírem a idade adequada de acordo com a legislação acima mencionada.

Por outro lado, nenhum prejuízo expressivo sofreu a Administração Pública com o ingresso dos candidatos no Curso de Formação, pelo fato de ter superado em apenas poucos meses aquele limite de idade exigido nas normas 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 dos candidatos, aqui apelados.

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".

Portanto, mostra-se desarrazoado o pleito do apelante se o edital não previu a data posterior para início do curso de formação, impedindo, assim, a aferição das condições do concurso por parte dos candidatos. Por outro lado, a situação dos candidatos apelados mostra-se plausível se, à época da inscrição, supriam as exigências editalícias, mormente quanto à idade estabelecida para início do curso de formação.

Diferente do que dispõe o alentado parecer Ministerial, considero que o período de quase dois anos para iniciar o curso de formação constitui, sim, tempo substancial a ser contado na idade dos candidatos. Observe-se que o tempo aqui discutido praticamente confunde-se com o tempo de validade do concurso, como previsto no

inciso III do artigo 37 da Constituição Federal.

Aliás, com relação ao Parecer da nobre representante da Procuradoria de Justiça, verifico que se pauta pelo edital primeiro (fls. 26/43), que estipulava duas mil vagas para o cargo de policial militar e previa a convocação de três mil candidatos para as demais etapas do certame, como se depreende pelo inciso 1.2 e pelo inciso 8.3 do referido edital.

Com base nestas exigências, informa o Parecer que os candidatos apelados estariam classificados fora do número de vagas ofertadas, sem amparo legal, portanto, para fazer prevalecer seus direitos, uma vez que estariam submetidos à expectativa de direito e não teriam direito líquido e certo ao cargo pretendido.

Entretanto, sabe-se que o concurso, durante seu andamento, foi estendido em número de vagas através de novos editais vinculados ao primeiro, gerando, também, a convocação de novos candidatos no desenrolar do mesmo concurso.

Corrobora tal afirmação a cópia do edital nº 138, que relaciona os candidatos aprovados no exame intelectual, e o edital nº 140, que convoca todos os candidatos relacionados para continuidade do certame, ambos insertos às fls. 44/45 e 79/81, cujo chamamento atinge o total de seis mil candidatos, o dobro do número de convocação inicial.

Portanto, embora não se identifique, nos autos, o edital que fixou o novo número de vagas, é de se supor que as classificações dos candidatos apelados não mais impliquem em mera expectativa de direito, mas em direito líquido e certo, como já estabelecido pela Corte Superior de Justiça.

Ademais, a opinião da nobre parecerista não abrange um dos principais fundamentos da sentença, qual seja a omissão do edital quanto à data de início do curso de formação, discorrendo, neste tocante, sobre a inexistência da demora do Estado em promover o referido curso.

Isto posto, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, e em consonância com a jurisprudência invocada, hei, por uma questão de inteira justiça e contrário ao parecer ministerial, NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto para que os candidatos apelados, se já tiverem supridas as exigências contidas no edital quanto aos exames intelectual e físico e curso de formação, e, ainda, preencherem todos os requisitos para a investidura, sejam confirmados no cargo de policial militar por nomeação e posse, em condição de igualdade com os demais participantes.

É como voto.

Fortaleza, 30 de maio de 2012.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0072240-35.2006.8.06.0001
APELANTE: P3 REPRESENTAÇÕES LTDA.
APELADO: REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL / REEXAME NECESSÁRIO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. PESSOA JURÍDICA NO PÓLO PASSIVO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 227 DO STJ. PRETENSÃO DE MAJORAR O *QUANTUM* FIXADO A TÍTULO DE DANO MORAL. VALOR AFERIDO AO PRUDENTE ARBÍTRIO DO MAGISTRADO SINGULAR. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A prova documental e testemunhal carreada aos autos assegura a ocorrência de prejuízos de ordem subjetiva e moral, porquanto com a frustração dos compromissos assumidos, por parte da empresa demandada, a demandante veio a ter sua credibilidade severamente abalada.
2. Cuidou, prudentemente, o magistrado de primeiro grau, ao arbitrar o *quantum* indenizatório, de levar em consideração as condições da ofendida e da agente causadora do dano.
3. Valor do *quantum* indenizatório adequadamente fixado, pelo que deve ser mantido. Recurso de Apelação e Remessa Oficial conhecidos, mas improvidos. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

ACORDA a Oitava Câmara Cível deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do Recurso de Apelação interposto e da Remessa Oficial, apenas para NEGAR-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta por P3 REPRESENTAÇÕES LTDA., em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos de Ação de Indenização por Dano Moral promovida por P3 REPRESENTAÇÕES LTDA. contra REAL COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA.

Na decisão atacada, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido inicial, para condenar a parte requerida, a título de dano moral, ao pagamento à promovente da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigido e atualizado.

Em sua peça inicial, de fls. 03/18, a promovente alega, em síntese, que em meados do ano de 2003, a empresa promovida, com o intuito de ingressar no mercado de refrigerantes no Estado do Ceará, contratou os serviços da promovente, ficando esta responsável por todo o trabalho de divulgação do produto dentro do mercado. Tendo em vista o não cumprimento de diversas obrigações pela demandada, a demandante, na qualidade de intermediadora do produto, teve desacreditada a sua imagem, pelo que requesta a condenação da promovida em danos morais.

Junto com a inicial, vieram os documentos de fls. 19/42.

Regularmente citada, a promovida ofereceu sua contestação, de fls. 51/99, onde alega, preliminarmente, a incompetência do Juízo para julgar a demanda, bem como a falta das condições da ação, quais sejam interesse e legitimidade para agir. No mérito, argumenta a inexistência do dano moral a ser indenizado, pugnando pela improcedência do pedido autoral.

Réplica às fls. 101/117.

Termo de audiência constante de fls. 139 em que foram colhidos os depoimentos testemunhais e pessoal.

O MM. Juiz *a quo* proferiu sentença, às fls. 247 *usque* 251, julgando procedente o pedido inicial, para condenar a parte requerida, a título de dano moral, ao pagamento à promovente da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigido e atualizado

A promovente interpôs Recurso de Apelação às fls. 257/265, pugnando, especificamente, pela majoração da condenação por danos morais.

Sem contrarrazões.

Remetidos os autos a esta Instância Superior, foram os mesmos a mim distribuídos, e conclusos em 29/06/2011. Termo às fls. 274.

Determinada a regularização atinente ao substabelecimento e documentação constante de fls. 275/289, através de despacho de fls. 290.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2011

VOTO

Conheço do Recurso de Apelação, visto que presentes os pressupostos de admissibilidade, bem como do Reexame Necessário, posto que atendidos os requisitos próprios, nos termos do Art. 475, do CPC.

Tratam os autos de APELAÇÃO CÍVEL interposta por P3 REPRESENTAÇÕES LTDA., em face de sentença da lavra do MM. Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, proferida nos autos de Ação de Indenização por Dano Moral promovida por P3 REPRESENTAÇÕES LTDA. contra REAL COMÉRCIO

E INDÚSTRIA DE BEBIDAS LTDA, que julgou procedente o pedido inicial, para condenar a parte requerida, a título de dano moral, ao pagamento à promovente da quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), devidamente corrigido e atualizado.

A parte promovente interpôs Recurso de Apelação pugnando, especificamente, pela majoração da condenação por danos morais.

O cerne da questão consiste em verificar a adequação do *quantum* arbitrado pelo magistrado de piso, a título de dano moral, condenada que foi a parte promovida.

Inicialmente, cabe ressaltar que a pessoa jurídica é titular de alguns direitos fundamentais, embora na medida do necessário para a proteção dos direitos fundamentais das pessoas naturais que compõem o seu quadro de sócios, como o direito ao nome, à imagem, à honra, e daí por diante.

Claro que a referência ao direito à honra, e por conseguinte à ofensa a esse direito, não quer significar referência à honra no seu aspecto subjetivo, que pressupõe subjetividade, sentimentos humanos, dos quais a pessoa jurídica é desprovida. Mas será possível dizer que o ato ilícito fez com que as pessoas pensassem na pessoa jurídica como uma pessoa que não cumpre os seus deveres contratuais, que não adimple, que não merece crédito. Sob esse aspecto, da honra em seu lado objetivo, pode-se falar em dano moral.

Tal discussão encontra-se pacificada com a edição da Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, que estabelece que "A pessoa jurídica pode sofrer dano moral".

Perfeitamente aferido, pelo magistrado singular, a ocorrência do dano moral no caso *in examine*.

A prova documental e testemunhal carreada aos autos assegura a ocorrência de prejuízos de ordem subjetiva e moral, porquanto com a frustração dos compromissos assumidos, por parte da empresa demandada, a demandante veio a ter sua credibilidade severamente abalada.

O recurso interposto pela empresa promovente, ora apelante, pleiteia a revisão do quantum indenizatório fixado a título de dano moral, e seu consequente majoramento. Fixou-o, o MM. Juiz *a quo,* em R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser devidamente corrigido e atualizado.

Entendo que o valor se mostra adequado.

Decorrendo o dano moral da lesão a interesses não patrimoniais, apenas a extensão e a gravidade da ofensa deveriam servir como critérios para a sua compensação, sem se pensar em uma função punitiva ou preventiva.

Entretanto, o uso das duas funções, ressarcitória e punitiva, ao lado do efeito dissuasivo, é aceito na doutrina, majoritariamente, e nos tribunais quase que unanimemente, e afina-se a um senso ético-moral mínimo que quer que o ilícito seja de algum modo punido.

E ao lado de critérios gerais como a incomensurabilidade do dano moral, a minoração do sofrimento da vítima, o contexto econômico do País etc., a doutrina

recomenda o exame: (i) da conduta reprovável, (ii) da intensidade e duração do sofrimento; (iii) a capacidade econômica do ofensor e (iv) as condições pessoais do ofendido.

No meu entender, cuidou, o magistrado de primeiro grau, de guardar sintonia com os vários critérios acima expendidos, ao arbitrar o quantum indenizatório, levando em consideração as condições da ofendida e da agente causadora do dano.

Nesse sentido, Sérgio Cavalieri Filho assim esclarece:

> Não há, realmente, outro meio mais eficiente para se fixar o dano moral a não ser pelo arbitramento judicial. Cabe ao juiz, de acordo com o seu prudente arbítrio, atentando para a repercussão do dano e a possibilidade econômica do ofensor, estimar uma quantia a título de reparação pelo dano moral. (in Programa de Responsabilidade Civil. 8. ed. rev. e ampliada. São Paulo: Atlas, 2008)

E, de outra banda, não vejo elementos suficientes a ensejar a majoração do valor fixado a título de indenização por dano moral.

Por intermediar, a apelante, negociações envolvendo a demandada, e por esta não cumprir obrigações firmadas, é evidente a ocorrência de prejuízo decorrente à imagem da apelante/promovente.

Obviamente, por propagar um produto de uma empresa que não veio a honrar seus compromissos, a demandante teve maculada a sua boa imagem no mercado. Contudo, este mesmo mercado, alvo negocial, há de perceber que não houve dolo ou culpa alguma por parte da promovente tendo, inclusive, a mesma, envidado máximos esforços para resolver as pendências, sem êxito. É de se supor que a imagem da empresa promovente, apesar do dano sofrido, venha a se reabilitar, a se manter a qualidade de seus serviços.

Sobre a matéria em debate, trago à colação os seguintes julgados desta egrégia Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. e-mail de conteúdo ofensivo. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. manutenção. 1 - Reparação de danos morais em virtude do envio de e-mail que, além de causar desconforto ao autor, abalou sua imagem profissional. 2 - É incontroverso nos autos que o apelante, enviou tal mensagem, como comenta, às fls. 28, referindo-se ao mesmo como uma carta "puramente informativa e em tom de desabafo". 3 - Da análise dos documentos juntados ao feito, vislumbra-se que o demandado excedeu os limites do direito de informar. 4 - Como corretamente apontou o julgador de planície, seria até admissível a remessa da tal correspondência ao destinatário, como demonstração da insatisfação do seu procedimento em relação ao remetente. Mas, indisfarçadamente, o suplicado se perdeu quando fez questão de esclarecer e de divulgar que cópias dela estavam sendo remetidas a terceiros. 5 - **Na fixação do *quantum*, o Juízo tem de observar, segundo a melhor doutrina, o grau de culpa do ofensor; a capacidade econômica do responsável; a compreensão do responsável**

> **e o caráter pedagógico da condenação.** Manutenção do montante da condenação estabelecida na sentença (R$ 5.000,00). Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida. (Apelação 11937827200880600011 - Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 6ª Câmara Cível - Data de registro: 27/05/2011) (grifei)
>
> APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL *IN RE IPSA*. INDENIZAÇÃO E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS EM VALOR PROPORCIONAL. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO E RECURSO ADESIVO IMPROVIDOS. 1-Trata-se de Apelação interposta, em face de sentença que julgou parcialmente procedente ação de Indenização por Danos Morais, fundada em indevida cobrança de dívida e inscrição em cadastro de inadimplentes; em resposta, a apelada ingressou com recurso adesivo, almejando a majoração do valor indenizatório e dos honorários advocatícios, conferidos na decisão guerreada. 2-Acertou o Douto Juízo singular em reconhecer a configuração de dano moral indenizável no discutido caso, uma vez que verificado o fato danoso, o nexo de causalidade entre a conduta da empresa ré e tal evento e o próprio prejuízo moral sofrido, que prescinde de prova, em virtude de ser imediata consequência da inscrição infundada no cadastro de inadimplentes, compondo todos os requisitos necessários à responsabilização civil. 3- **O *quantum* indenizatório deverá ser estipulado de forma a desincentivar a repetição da conduta danosa, compensar o abalo moral sofrido, sem, contudo, redundar em enriquecimento sem causa do beneficiário.** Destarte, o valor da condenação, no montante de vinte salários mínimos, contextualizados ao ano de 2004, reflete razoável quantia, apta a equilibrar a relação discutida, não merecendo, por conseguinte, majoração ou mitigação. 3- Quanto aos honorários advocatícios, impera-se a manutenção do *decisum* singular, uma vez que tal percentual reflete correto balanceamento dos critérios elencados no art. 20, §3º do CPC, designando justo e equitativo bônus ao causídico vencedor da querela. 4- Sentença mantida. Apelação e Recurso Adesivo improvidos. (Apelação cível 75386722200080600011 - Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 5ª Câmara Cível - Data de registro: 08/08/2011) (grifei)

Considerando o acima expendido, e ainda atento aos patamares praticados por esta Egrégia Corte de Justiça, entendo adequado o *quantum* arbitrado a título de dano moral na condenação imposta à parte promovida pelo magistrado *a quo*, pelo que o mantenho.

Deste modo, diante de todo o exposto, pelos fundamentos legais e fáticos, e ainda à luz da jurisprudência e doutrina citada, CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto e da Remessa Oficial, mas para NEGAR-LHES PROVIMENTO, com o fito de manter a sentença proferida pelo Juízo monocrático.

É como voto.

Fortaleza, 16 de dezembro de 2011.

PROCESSO Nº 0072610-75.2010.8.06.0000
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: F. M. M. F. e A. C. R.
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. CADASTRO PRÉVIO. EXCEPCIONALIDADE. ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. MENOR ABANDONADO E EM CONTATO COM OS APELANTES DESDE O PRIMEIRO DIA DE VIDA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O PROSSEGUIMENTO DO FEITO.

1. A intenção dos apelantes é de adotar especificamente a criança que encontraram abandonada nas proximidade de sua casa.
2. Desde o primeiro dia de nascida o casal postulante prestou à criança todo o auxílio necessário, criando um vínculo afetivo com esta.
3. Este fato importa em dispensa da norma inserida no art. 50, do ECA, que exige o prévio cadastro das crianças e dos interessados na adoção.
4. O apego exagerado à letra fria da lei, destituído de exegese sistemática, enseja à prolação de decisões mecânicas, sem qualquer efetividade e afastadas do valor Justiça.
5. Recurso conhecido e provido.
6. Sentença reformada. Retorno dos autos à origem para que seja dado prosseguimento ao feito, com a consequente realização de estudo social e avaliação psicológica dos envolvidos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0072610-75.2010.8.06.0000, 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 dar-lhe provimento, e desconstituir a sentença vergastada, determinando retorno dos autos à origem, para o prosseguimento do feito, com a consequente realização de estudo social e avaliação psicológica dos envolvidos, tudo nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por F. M. M. F. e A. C. R. com o fito de reformar a sentença da lavra do d. Juízo da 1ª Vara da Infância e da

Juventude desta Comarca que, nos autos da Ação de Adoção c/c Guarda da menor V. V., extinguiu o feito sem resolução de mérito (fls. 70/71).

Alegam os promoventes que no dia 26.06.2010, encontraram a recém-nascida, ainda com o cordão umbilical, abandonada em um terreno baldio, vizinho ao quintal dos postulantes, em virtude de terem ouvido o choro da criança.

Afirmam que tomaram todas as procidências necessárias, chamando o Ronda do Quarteirão, e o CIOPS, ocasião em que foram instruídos a levar a bebê ao Hospital do Conjunto Ceará, local onde está foi atendida de urgência, ficando em uma encubadora.

Compareceram à Delegacia do 12º Distrito Policial, e fizeram um boletim de ocorrência sobre o fato. Passaram a visitar a menor diariamente, oferecendo-lhe total assistência. Dizem que ninguém apareceu ao hospital para declarar parentesco. Salientam que possuem idoneidade para manter a guarda da menina, posto que possuem saúde mental e condições de criá-la.

Pugnaram fosse a criança registrada com o nome de Vitória Valentina, e fosse concedida a guarda provisória da criança em favor do casal postulante, para, ao fim, julgar procedente o Pedido de Adoção c/c guarda definitiva.

Parecer do Ministério Público Estadual, às fls. 53/55, alegando falta do prévio cadastro dos interessados e ausência de situação excepcional que possa autorizar a inobservância da ordem de espera existente, opinando pela improcedência do pedido de adoção e pela lavratura da certidão de nascimento de V. V., bem como fosse a mesma encaminhada à adoção.

O juiz *a quo* prolatou a sentença de fls. 70/71, entendendo inexistir vínculo afetivo suficiente a justificar o afastamento das regras legais de adoção, especificamente, a observância à ordem de inscrição no cadastro de pessoas interessadas na adoção, para julgar extinto o feito, por inépcia da inicial, com base no art. 267, I, do CPC.

Decidiu, ainda, pela inclusão da menor no programa de acolhimento familiar, declarando-a apta a integrar o cadastro de crianças em condições de serem adotadas.

Irresignados, o casal promovente interpôs o presente Apelo, de fls. 73/79, refutando a exigência de prévia inscrição no cadastro de adoção para o caso em apreço, eis que a letra fria da lei não pode ser aplicada em detrimento à proteção criança e ao atendimento de seu melhor interesse.

Reiteram que acompanham a criança diariamente, suprindo suas necessidades, desde o dia que a encontraram, situação que despertou o amor pela criança e o consequente desejo de adotá-la. Destacam, outrossim, possuírem idoneidade moral e condições para criar V. V., pelo que requerem seja a decisão singular reformada.

O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões às fls. 83/88, sustentando os fundamentos da sentença, ratificando que o exíguo tempo em que o casal permaneceu com a criança impossibilita o reconhecimento do vínculo afetivo forte o suficiente para elidir o procedimento legal de guarda e adoção, não se encaixando o caso

dos autos às situações excepcionais do art. 50, § 13 do ECA, pedindo seja a sentença de primeiro grau mantida.

Recebido o recurso em seus efeitos legais, ascenderam os autos a esta e. Corte, ocasião em que foram regularmente distribuídos ao e. Des. Emanuel Leite Albuquerque, em 09 de fevereiro de 2011.

Redistribuídos os autos, vieram-me conclusos, por vez primeira, em 29 de julho de 2011.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 102/109, opinando pelo provimento recursal, para desconstituir a sentença vergastada, ante a possibilidade jurídica do pedido, verificando, no caso em concreto, a existência de vínculo afetivo entre a menor e os pretensos adotantes, suficiente para afastar a exigência de cadastro prévio.

É o relato.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por F. M. M. F. e A. C. R. com o fito de reformar a sentença da lavra do d. Juízo da 1ª Vara da Infância e da Juventude desta Comarca que, nos autos da Ação de Adoção c/c Guarda da menor V. V., extinguiu o feito sem resolução de mérito, por inépcia da inicial (fls. 70/71).

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

In casu, o d. juiz *a quo* prolatou sentença, julgando extinto o feito, por entender inexistir vínculo afetivo suficiente a justificar o afastamento das regras legais de adoção, especificamente, a observância à ordem de inscrição no cadastro de pessoas interessadas na adoção.

A sentença extinguiu o feito, por impossibilidade jurídica do pedido, sob o argumento de que a guardiã da criança sequer conhece os autores e também porque estaria ocorrendo afronta à Lei nº 12.010/2009, que alterou dispositivos do ECA, no que toca à adoção, devendo ser respeitada a lista do cadastro.

Cabe destacar, preliminarmente, que a decisão de primeiro grau, embora tenha julgado extinto o processo sem julgamento do mérito, por inépcia da inicial, sob a justificativa de que a narração dos fatos não decorrem logicamente a conclusão (artigo 267, I, do CPC), em verdade, apreciou os possíveis embasamentos para a procedência ou improcedência da ação e, consequentemente, analisou o mérito.

Assim, entendo que a inicial está apta à analise jurisdicional.

O cerne da questão, portanto, consiste em apreciar se há vínculo afetivo forte entre o casal postulante/agravante e a criança V. V., suficiente para elidir o procedimento legal de guarda e adoção, em virtude das situações excepcionais previstas no art. 50, § 13, do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Sobre esse ponto, importa referir que não há lógica alguma alegar que há violação à lista de adoção ou aos preceitos do ECA nos pedidos veiculados nesta ação, quando o que se busca, em princípio, é a proteção da menor que, evidentemente, estará muito melhor amparada por um casal apto a recebê-la (se assim restar constatado) do que por um abrigo municipal.

Para melhor entendimento transcrevo o *caput* do art. 50, da Lei 8.069/90:

> Art.50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.

Esta norma exige como passo inicial do processo de adoção, o prévio cadastro dos interessados e do adotando perante o Juizado competente.

Contudo, realizar uma interpretação literal do texto da lei, com apego à ideia gramatical, é ferir o sentido maior do ECA de integrar a criança e o adolescente a um novo seio familiar.

Ademais, a própria Lei 8.069/90, em seu art. 50, § 13, em virtude da alteração dada pela Lei nº 12.010/09, passou a prever situações excepcionais de deferimento de adoção em favor de pessoa não cadastrada previamente. Observe-se:

> Art. 50, § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:
> I - se tratar de pedido de adoção unilateral;
> II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
> III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei.

A melhor interpretação a ser dada a este regramento é a sistemática, que possibilita a sintonia da norma estudada com as demais do ordenamento jurídico brasileiro, sem se esquivar da função social deste instituto.

Sobre o cunho social da adoção ensina Arnoldo Wald, *in verbis*:

> (...) Hoje a adoção superou a fase individualista e egoísta para ser um instituto de solidariedade social, de auxílio mútuo, um meio de repartir por maior número de famílias os encargos de proles numerosas. (*In* Curso de direito civil brasileiro, o novo direito de família. Saraiva, 16 ed., 2005, p.272.)

Assim, o cadastro de adotantes deve ser, em regra, observado, admitindo-se a sua desconsideração apenas em casos especiais, como, por exemplo, quando for verificado um vínculo de afinidade ou afetividade, existente neste caso.

É que a menor foi abandonada nas proximidades da casa da família dos apelantes desde o primeiro dia de nascida, ainda com o cordão umbilical, permanecendo, até os dias de hoje, em constante contato com o casal, que vai visitá-la diariamente no hospital onde a mesma ficou internada, dando-lhe carinho e a assistência necessária desde então.

Portanto, o prévio cadastramento dos interessados não pode ser exigido no caso em tela, pelas peculiaridades que apresenta. Veja-se o que jurisprudência pátria vem decidindo em casos similares:

> Ementa: ADOÇÃO. CRIANÇA ABANDONADA. OBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO REGULAR. PRÉVIA INSCRIÇÃO NO CADASTRO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Embora da maior utilidade o cadastro de pessoas interessadas em adotar e das crianças e adolescentes disponíveis para adoção, pois facilitam a apuração dos requisitos legais, permitindo o exame quanto à compatibilidade entre os interessados em razão do suporte multidisciplinar, garantindo também celeridade às adoções, **a prévia inscrição no cadastro oficial não constitui condição "sine qua non". O art. 50 do ECA, não autoriza a conclusão de que seja juridicamente possível o pedido formulado por quem não esteja previamente habilitado. Mostra-se ponderável a pretensão dos recorrentes, que constituem uma família harmônica e feliz, pois surgiu entre eles e a adotanda um vínculo intenso de afeto, que somente a magia do amor explica. Compreensível que o casal, não pretendendo adotar alguma criança, não tivesse se habilitado no cadastro próprio mas, ao conhecer aquela criança, estabelecendo com ela um relacionamento de afeto, estreitando mais o vínculo, tenham decidido acolhê-la como membro da família. Os apelantes não desejam adotar uma criança, mas sim aquela criança. As relações de família devem ser, sobretudo, relações de afeto e o amor é o único vínculo capaz de dar suporte e coesão a um núcleo familiar. As peculiaridades do caso concreto reclamam solução mais flexível.** Recurso provido. (SEGREDO DE JUSTIÇA) (Apelação Cível Nº 70000399600, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 16/02/2000) **(Grifou-se)**

> Ementa: ADOÇÃO. LISTA DE ADOTANTES. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO. **A necessidade de observância da lista de adotantes diz respeito ao mérito da demanda, não pode embasar a extinção do feito por falta de condição da ação. OBSERVÂNCIA DA LISTA DE ADOTANTES. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. Ainda que para a garantia da legalidade e imparcialidade do procedimento de adoção e dos interesses do adotado seja de rigor a fiel observância da sistemática imposta pelo art. 50 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a situação peculiar e os indícios de que os laços afetivos já estejam consolidados recomendam decisão mais flexível.** (Agravo de Instrumento Nº 70020712964, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Berenice Dias, Julgado em 25/07/2007) **(Grifou-se)**

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ADOÇÃO. Preliminar repelida, nos moldes no artigo

> 459 do Código de Processo Civil, porquanto dispensado o formalismo nos casos de extinção do feito sem julgamento de mérito. **No mérito, é medida justificada a desconstituição da r. sentença, face ao excesso de formalismo e legalismo. Necessário mostra-se, a elaboração de estudo social e o prosseguimento do feito, com o fito de esclarecer se os interesses da menor vão ou não ao encontro dos interesses dos adotantes. A falta de inscrição na lista de espera de adotantes não enseja, por si só, a extinção do feito sem julgamento de mérito.** Rejeitada a preliminar, deram parcial provimento à apelação, ao efeito de desconstituir a r. sentença. (Apelação Cível Nº 70010741874, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Walda Maria Melo Pierro, Julgado em 15/06/2005) **(Grifou-se)**
>
> Ementa: CIVIL. FAMÍLIA. ADOÇÃO. CADASTRO PRÉVIO. EXCEPCIONALIDADE.ADOÇÃO *INTUITU PERSONAE*. MENOR EXPOSTO E EM PODER DOS APELADOS DESDE OS PRIMEIROS DIAS DE VIDA.SENTENÇA MANTIDA. **1. A intenção dos apelados é de adotar especificamente a criança exposta na porta de sua casa, desde os três primeiros dias de vida. 2. Este fato importa em dispensa da norma inserida no art. 50, do ECA, que exige o prévio cadastro das crianças e dos interessados na adoção. 3. O apego exagerado à letra fria da lei, destituído de exegese sistemática, enseja à prolação de decisões mecânicas, sem qualquer efetividade e afastadas do valor Justiça.** 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. (Apelação cível 2644463200280600000; Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 26/07/2007)
> **(Grifou-se)**

Destarte, está-se diante daqueles casos excepcionais, em que as peculiaridades reclamam solução mais flexível, em nome da preservação dos laços afetivos entre adotante e adotando.

Com efeito, é incontroverso que a infante em questão está sob os cuidados dos recorrentes desde o primeiro dia de nascida, havendo evidências de que está recebendo toda a estrutura emocional necessária para se desenvolver de forma sadia e feliz.

Tal vínculo emocional resta evidenciado pelo próprio nome dado à menor abandonada, que foi sugerido na Ação em comento, tendo os promoventes eleito o nome de V. V., para registro de nascimento no dia e horário em que a encontraram, há exatos 1 (hum) ano e 17 (vinte e dois) dias, o qual foi acolhido pelo juízo processante.

Por tais fundamentos, conheço da presente Apelação Cível e dou-lhe provimento, para desconstituir a sentença vergastada, determinando retorno dos autos à origem, para que seja dado prosseguimento ao feito, com a consequente realização de estudo social e avaliação psicológica dos envolvidos.

Comunique-se o d. Julgador *a quo*, para que dê cumprimento à presente decisão.

É como voto.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011.

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

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

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

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

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

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

V - A atualização monetária do saldo devedor deverá anteceder sua amortização pelo pagamento das parcelas. Sentença modificada nesse ponto.

VI - Apelo parcialmente provido. Decisão unânime.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

determinado dois percentuais distintos para a taxa de juros.

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

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

Nessa esteira, vieram os autos conclusos ao meu gabinete.

É o relatório.

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

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

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

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

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

> "PROMESSA DE COMPRA E VENDA. REVISÃO DE **CONTRATO HABITACIONAL COM PACTO ADJETO DE HIPOTECA.** PERÍCIA. **TABELA *PRICE***. COMPENSAÇÃO/REPETIÇÃO DE INDÉBITO. MORA. 1. Desnecessidade de perícia técnica, pois a questão tratada é eminentemente de direito. **2. A utilização da Tabela *Price* como forma de amortização acarreta anatocismo, prática vedada em nosso ordenamento e que gera desequilíbrio contratual. Deve ser afastada, portanto.** 3. A possibilidade de compensação ou de repetição do indébito decorre da própria verificação da cobrança abusiva. 4. Descabe, em sede

> de revisional, a perquirição sobre os encargos e a caracterização da mora". (Apelação Cível Nº 70025287137, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mylene Maria Michel, Julgado em 16/12/2008)
>
> "(...) LEGALIDADE DA UTILIZAÇÃO DA TABELA *PRICE*. **O Sistema *Price*, como critério de amortização da dívida, mostra-se ilegal na medida em que é constituído de fórmulas matemáticas de capitalização de juros, não admitidas em nosso ordenamento jurídico. Necessidade de recálculo da dívida**(...)". (Apelação 180837820070600011, TJ - CE; Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota; 5ª Cãmara Cível; Data de Registro 19/10/2011)
>
> "(…) 4. É medida judicial que se impõe o afastamento da capitalização mensal de juros, se o contrato foi entabulado anteriormente à Medida Provisória 2170-36/2001, **bem como o uso da tabela *price* , pois já consolidado o entendimento de que a mesma onera demasiadamente o contrato, ocasionando enriquecimento ilícito da Instituição Financeira** (...)" (211221-17.2000.8.09.0051 - APELACAO CIVEL , TJ – GO; Rel. Des. Hélio Maurício de Amorim; 5ª Cãmara Cível; Acórdão 27/10/2011)

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

> "(...) Analisando os resultados encontrados pode-se afirmar que a Tabela *Price*, ao calcular o valor de cada prestação, embute juros capitalizados, porque ao se retirar de cada prestação o juro nela embutido, como se eles estivessem calculados de forma linear, ou juro simples, o valor encontrado é maior do que o capital inicial, o que demonstra excesso de cobrança por este método (…) Outra conclusão que se depreende dos cálculos e demonstrativos apresentados, é que, na Tabela *price*, a capitalização dos juros não se forma de modo explícito, poque os demonstrativos que podem ser elaborados para evidenciar a amortização efetuada e a posição da dívida a cada etapa não apresentam de forma explícita que houve a capitalização do juro, porque ela está feita de forma sub-reptícia, não aparecendo à primeira vista (...)" (*in* Juros do Sistema Financeiro da Habitação: a falácia dos sistemas de amortização no âmbito da perícia contábil. v.5, n.13, p. 27-42, dez. 2005/mar 2006)

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

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

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TAXA REFERENCIAL (TR). LEGALIDADE. SEGURO HABITACIONAL. CONTRATAÇÃO OBRIGATÓRIA COM O AGENTE FINANCEIRO OU POR SEGURADORA POR ELE INDICADA. VENDA CASADA CONFIGURADA.

1. Para os efeitos do art. 543-C do CPC:

1.1. No âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, a partir da Lei 8.177/91, é permitida a utilização da Taxa Referencial (TR) como índice de correção monetária do saldo devedor. Ainda que o contrato tenha sido firmado antes da Lei n.º 8.177/91, também é cabível a aplicação da TR, desde que haja previsão contratual de correção monetária pela taxa básica de remuneração dos depósitos em poupança, sem nenhum outro índice específico.

1.2. É necessária a contratação do seguro habitacional, no âmbito do SFH. Contudo, não há obrigatoriedade de que o mutuário contrate o referido seguro diretamente com o agente financeiro, ou por seguradora indicada por este, exigência esta que configura "venda casada", vedada pelo art. 39, inciso I, do CDC.

2. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (Resp 969.129 / MG; Rel. Min. Luis Felipe Salomão; Quarta Turma; Dje 15/12/2009)

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. APLICAÇÃO DA TR COMO ÍNDICE DE REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR.** TABELA SACRE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA7/STJ.

1.- Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de ser possível a sua utilização na atualização do saldo devedor de contrato vinculado ao Sistema Financeiro da Habitação, ainda que firmado anteriormente ao advento da Lei 8.177/91, desde que pactuado o mesmo índice aplicável à caderneta de poupança. Precedentes.

2.- A jurisprudência da Corte orienta que a análise da existência de capitalização de juros no sistema de amortização da Tabela *Price* afigura-se inviável na via estreita do recurso especial, pois a modificação do julgado esbarra no óbice da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça, que veda o reexame de conteúdo fático-probatório delimitado pelas instância ordinárias. (Resp 1070297/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, Dje 18/09/2009)

3.- Pela mesma razão, a pretensão de reconhecimento de capitalização de juros na aplicação da Tabela SACRE também há de esbarrar na Súmula 07/ STJ. "Ubi eadem ratio ibi idem ius".

4.- Agravo Regimental improvido. (AgRg no AREsp 46656 / RJ; DJe 10/11/2011; Rel. Min. Sidnei Beneti; Terceira Turma).

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

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

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

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

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

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

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

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

Não se olvida que o objeto da ADI em questão era a aplicabilidade da TR aos contratos celebrados anteriormente a sua criação, tendo o STF julgado-a procedente para, em respeito ao ato jurídico perfeito e ao direito adquirido, vedar a aplicação da TR a tais contratos. Aliás, a esse respeito, o próprio STF se manifestou:

> **CONSTITUCIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. UTILIZAÇÃO DA** TR COMO INDICE DE INDEXAÇÃO.
> I - O Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIns 493, Relator o Sr. Ministro Moreira Alves, 768, Relator o Sr. Ministro Marco Aurelio e 959-DF, Relator o Sr. Ministro Sydney Sanches, não excluiu do universo jurídico a Taxa Referencial, TR, vale dizer, não decidiu no sentido de que a TR não pode ser utilizada como índice de indexação. O que o Supremo

> Tribunal decidiu, nas referidas ADIns, é que a TR não pode ser imposta como índice de indexação em substituição a índices estipulados em contratos firmados anteriormente a Lei 8.177, de 01.03.91. Essa imposição violaria os princípios constitucionais do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. C.F., art. 5., XXXVI.
> II - No caso, não há falar em contrato em que ficara ajustado um certo índice de indexação e que estivesse esse índice sendo substituído pela TR. E dizer, no caso, não há nenhum contrato a impedir a aplicação da TR.
> III - R.E. não conhecido. (RE 175678, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 04-08-1995)

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

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

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

Os argumentos supracitados são elucidativos. Um índice de correção monetária deve determinar o valor de troca da moeda e, por isso mesmo, é calculado com base em fatores econômicos ligados a esse valor. No caso da TR, como ela expressa o custo de captação da moeda, sua determinação leva em conta fatores econômicos peculiares, tais como a política de juros do BACEN, maior ou menor oferta da moeda, bem como a concorrência com outras fontes de captação de dinheiro.

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

> **"Art. 12. Em cada período de rendimento, os depósitos de poupança serão remunerados:**
> I - como remuneração básica, por taxa correspondente à acumulação das

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

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

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

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. SISTEMA FINANCEIRO DE HABITAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 283/STF. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. APLICAÇÃO. PRESTAÇÕES MENSAIS. TABELA *PRICE*. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SÚMULA 322/STJ.
> 1. Não há que se falar em maltrato ao art. 535 do CPC quando o acórdão recorrido, ainda que de forma sucinta, aprecia com clareza as questões essenciais ao julgamento da lide.
> **2. O Plano de Equivalência Salarial - Categoria Profissional é critério de reajuste que somente incide nas prestações mensais.**
> 3. "Nos contratos vinculados ao SFH, a atualização do saldo devedor antecede sua amortização pelo pagamento da prestação" (Súmula 450 do STJ).
> 4. A análise da existência de capitalização de juros na Tabela *Price* afigura-se inviável na via estreita do recurso especial, porquanto demanda revolvimento dos elementos de convicção dos autos, soberanamente delineados pelas instâncias ordinárias, providência
> vedada nesta sede especial a teor da súmula 07/STJ.
> 5. Agravo regimental não provido". (AgRg nos EDcl no REsp 942817 / RS ; DJe 02/03/2011 ; Terceira Turma; Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino)
>
> "CIVIL E PROCESSUAL. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. AÇÃO REVISIONAL. CDC. TR. APLICABILIDADE. ATUALIZAÇÃO, PRIMEIRO, DO SALDO DEVEDOR, E, APÓS, AMORTIZAÇÃO DO VALOR DA PRESTAÇÃO. PLANO DE EQUIVALÊNCIA SALARIAL. REAJUSTE DO SALDO DEVEDOR. IMPOSSIBILIDADE. TABELA *PRICE*. ANATOCISMO. SÚMULA 07/STJ. APLICAÇÃO.

> I. Conquanto aplicável aos contratos do SFH o Código de Defesa do Consumidor, há que se identificar, no caso concreto, a existência de abusividade no contrato, o que, na espécie dos autos, não ocorre.
> II. Legítima a incidência da TR como indexador contratual. **Nos contratos de mútuo hipotecário é incabível a aplicação do Plano de Equivalência Salarial - PES na correção do saldo devedor, que é reajustado de conformidade com o índice previsto na avença.** Precedente uniformizador da 2ª Seção do STJ: REsp n. 495.019/DF, Relator para Acórdão Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 06.06.2005.
> III. No Sistema Francês de Amortização, mais conhecido como Tabela *Price*, somente com detida incursão nas provas de cada caso concreto é que se pode concluir pela existência de anatocismo, vedado em lei. Precedentes.
> IV. É entendimento consolidado neste Tribunal ser correto o prévio reajuste do saldo devedor, antes que se proceda à sua amortização com o abatimento das prestações pagas.
> V. Recurso especial não conhecido". (STJ – Resp 643273 SC 2004/0037670-2; data de Publicação: 16/11/2009)

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

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

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

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

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

> "Com o paulatino enfraquecimento da economia e a explosão inflacionária, iniciou-se uma das maiores batalhas registradas no Judiciário brasileiro, girando em torno dos índices aplicáveis às prestações dos financiamentos habitacionais (…) No ano de 1983, o governo então optou pela quebra de identidade de índices de correção dos saldos das dívidas dos contratos de mútuo habitacional (que, como já referido, acompanhavam a correção das contas de poupança e do FGTS) e aqueles aplicados às prestações, atendendo então às reivindicações dos mutuários pela diminuição dos valores de

> prestações" (**O Julgamento dos Recursos Repetitivos no Âmbito do STJ e as Ações de Massa do SFH**. Revista de Direito da ADVOCEF – Ano VI – Nº 11 – Nov 10)

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

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

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

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

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

O descasamento dos índices gerou, in casu, um desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Enquanto o reajuste do saldo devedor era realizado mensalmente pela TR, as prestações eram reajustadas pelos aumentos dos salários da categoria profissional. Tal desequilíbrio não se coaduna com a intenção do legislador.

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

> "Considera-se o Direito como uma ciência primariamente normativa ou finalística; por isso mesmo a sua interpretação há de ser, na essência, teleológica. O hermeneuta sempre terá em vista o fim da norma, o resultado que a mesma precisa atingir em sua atuação prática. A norma enfeixa um conjunto de providências, protetoras, julgadas necessárias para satisfazer a certas exigências econômicas e sociais; será interpretada de

> modo que melhor corresponda àquela finalidade e assegure plenamente a tutela de interesses para a qual foi regida" (in MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e Aplicação do Direito, p. 151, – 152)

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

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

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

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

> **DIREITO ECONÔMICO. SISTEMA FINANCEIRO DE** HABITAÇÃO. AMORTIZAÇÃO DE PARCELAS PAGAS. PROIBIÇÃO DE ANATOCISMO.
> 1. O art. 6º, letra c, da Lei 4.380/64, que determinava o reajuste do saldo devedor somente após o amortização das parcelas pagas, foi revogado diante de sua incompatibilidade com a nova regra ditada pelo art. 1º do Decreto-Lei nº. 19/66, o qual instituiu novo sistema de reajustamento dos contratos de financiamento e atribuiu competência ao BNH para editar instruções sobre a correção monetária dos valores.
> 2. O Decreto-lei n. 2.291/86 extinguiu o Banco Nacional de Habitação, atribuindo ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil as funções de orientar, disciplinar, controlar e fiscalizar as entidades do Sistema Financeiro de Habitação. Diante dessa autorização concedida pela citada legislação para editar regras para o reajustamento dos contratos

> de mútuo para aquisição de imóvel residencial, editou-se a Resolução nº 1.446/88-BACEN, posteriormente modificada pela Resolução nº 1.278/88, estabelecendo novos critérios de amortização, nos quais definiu-se que a correção do saldo devedor antecede a amortização das prestações pagas (…) (Resp 601445; Rel. Min. Teori Albino Zavascki; 13/09/2004)

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

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

É como voto.

Fortaleza, 01 de fevereiro de 2012.

Número Único 0137379-60.2008.8.06.0001
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: Acacia Castro Barreto
Apelado: Ricardo Teófilo Castro
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. SUCESSÃO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO. FORMALIDADES LEGAIS. RIGOR. ABRANDAMENTO. VÍCIOS FORMAIS QUE NÃO COMPROMETEM A HIGIDEZ DA DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. INEXISTÊNCIA DE PROVA ROBUSTA QUE COMPROVE A INCAPACIDADE DA EXTINTA NO MOMENTO DA FEITURA DO TESTAMENTO. SENTENÇA REFORMADA. APELO PROVIDO.
1. Testamento é um ato solene e, como tal, deve, em princípio, submeter-se a várias formalidades, sob pena de nulidade;
2. Todavia, esse rigorismo formal não deve ser levado ao extremo, de maneira a se sobrepor à vontade real manifestada pelo testador;
3. O fato de ter servido de testemunha pessoa que trabalhava na serventia à época da lavratura do testamento não se consubstancia em fato capaz de contaminar o objetivo precípuo do instituto;
4. O autor não logrou demonstrar de forma cabal a incapacidade da testadora, de modo a afastar a presunção de validade do instrumento público firmado por tabelião;
5. Sentença reformada;
6. Apelo conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0137379-60.2008.8.06.0001 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2012.

VOTO

Conheço do recurso porque está ornado dos requisitos necessários à sua apreciação.

Trata-se de apelação contra sentença que decretou a nulidade de testamento público, em face de inobservância das regras inseridas no art. 1.632, incisos I e II, do Código Civil.

Cinge-se a controvérsia, portanto, acerca da nulidade decretada envolvendo

a extensão que se deve dar às formalidades que revestem a elaboração do testamento público, mormente no que tange à idoneidade das testemunhas.

Não resta dúvida de que o testamento é um ato solene e, como tal, deve, em princípio, submeter-se a várias formalidades, sob pena de nulidade. Todavia, esse rigorismo formal não deve ser levado ao extremo, de maneira a se sobrepor à vontade real manifestada pelo testador. Afinal, a lei visa, com a exigência das formalidades, garantir a veracidade e a espontaneidade das declarações de última vontade.

Bem por isso, não se há de interpretar fria e literalmente a lei, de forma a se entender maculado aquele ato de última vontade, somente porque, embora lavrado em tabelionato, havia por testemunha pessoa que exercia à época atividade laboral na serventia.

Daí por que não se há de inquinar de nulo o testamento que foi lavrado com os requisitos mínimos de segurança, de autenticidade e de fidelidade.

De qualquer forma, ter servido de testemunha, pessoa que trabalhava na serventia à época da lavratura do testamento, não se consubstancia em fato bastante capaz de contaminar o objetivo precípuo do instituto, que é, diga-se, traduzir a certeza de que a vontade real daquela pessoa capaz estava ali expressa, desprovida de coação ou inquinada por eventual incapacidade, não sendo suficiente a mera argumentação, sem que nada viesse aos autos comprovar à robustez de que a testadora estivesse incapaz, coagida ou mesmo com o discernimento reduzido.

Assim, entendo que não há como se apegar ao rigorismo da lei, obedecendo-lhe, irrestritamente, pois se estaria dando uma solução iníqua, ao acolher o pedido de declaração de nulidade do testamento, em detrimento da real e verdadeira intenção da testadora, que, *in casu*, consubstancia-se no desejo de transmitir a posse do bem à sua sobrinha e afilhada. Sobre o tema rigorismo formal do testamento e interpretação literal dos dispositivos legais que especificam seus requisitos, tanto os doutrinadores, como a própria jurisprudência, têm se posicionado, não raras vezes, no sentido do abrandamento dessas exigências, reputando-as, mesmo, insignificantes na formação do ato.

A propósito, colhe-se, por primeiro, a sábia lição de Pontes de Miranda, exposta na obra Tratado dos Testamentos, vol. 5, p. 368, lembrada por José Olympio de Castro Filho:

> "A interpretação estrita, literal, terá o grave resultado de matar ato de extraordinária importância, como é o testamento, sem a culpa e contra a vontade, provada, do testador. Então, o artifício, que tinha por fito proteger a testamentificação, passa a constituir injunção contrária à Justiça. Nessa discordância, entre o meio e o fim, a inércia do juiz pode ser indefensável, pode mesmo ser felonia à sua missão. Ele não é um instrumento de imposição, mas instrumento do direito, e o conflito entre o texto imperfeito e as realidades que compõem a situação jurídica deve resolver-se segundo o direito, e não pela capitulação diante da lei injusta."

Como já exposto nesses apontamentos, o rigorismo das formas prescritas na legislação civil é justificado para o resguardo e garantia da vontade do testador, mas não pode ir ao ponto de macular o ato, por mera interpretação fria e literal da lei.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, a propósito dessa severidade de forma exigida para os atos de última vontade, também versando o caso sobre testamento público, confirmou-o integralmente, apesar de vício formal existente, em aresto cuja ementa assim está redigida:

> "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE TESTAMENTO PÚBLICO. FORMALIDADES LEGAIS. PREVALÊNCIA DA VONTADE DO TESTADOR. REEXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MODIFICAÇÃO EM RAZÃO DA REFORMA DA SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS ART. 460 E 515 DO CPC.
> 1. Em matéria testamentária, a interpretação deve ser voltada no sentido da prevalência da manifestação de vontade do testador, orientando, inclusive, o magistrado quanto à aplicação do sistema de nulidades, que apenas não poderá ser mitigado, diante da existência de fato concreto, passível de ensejar dúvida acerca da própria faculdade que tem o testador de livremente dispor acerca de seus bens, o que não se faz presente nos autos.
> 2. A verificação da nulidade do testamento, pela não observância dos requisitos legais de validade, exige o revolvimento do suporte fático probatório da demanda, o que é vedado pela Súmula 07/STJ.
> 3. Inocorrência de violação ao princípio da unidade do ato notarial (art. 1632 do CC/16).
> 4. Recurso especial desprovido." (REsp 753.261/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/11/2010, DJe 05/04/2011)

Destarte, embora as formas testamentárias operem como *jus cogens*, está a lei da forma sujeita à interpretação e construção apropriadas às circunstâncias, não retirando a solenidade que lhe é inerente e necessária. Todavia, não podem sobrepor-se consagradas de modo exacerbado, pois a sua exigibilidade deve ser acentuada ou minorada em razão da preservação de dois valores a que elas se destinam precipuamente e que constituem a razão de ser do testamento, na seguinte ordem de importância: o primeiro, para assegurar a vontade do testador, que já não poderá mais, após o seu falecimento, por óbvio, confirmar a sua vontade ou corrigir distorções, nem explicar o seu querer que possa ter sido expresso de forma obscura ou confusa; o segundo, para proteger o direito dos herdeiros do testador.

De modo que entendo que o juiz não pode dispensar as formalidades exigidas para o testamento, mas pode interpretá-las com amplitude e largueza, buscando amparar a vontade do testador, desde que essa se ache despojada de vícios, que possam tornar imprestável o ato para o fim a que se destinou.

A par disso, vale ter por legítima a possibilidade de testar a posse.

Impõe-se, destarte, a reforma da sentença que decretou a nulidade do indigitado testamento, julgando-se, em consequência, improcedente a ação, com inversão dos ônus de sucumbência, todavia, respeitados os beneplácitos da gratuidade judiciária em que o autor está albergado.

É como voto

Fortaleza, 07 de fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº 2003.0011.8662-6/1.
APELAÇÃO CIVEL.
APELANTE: P. S. D. S.
APELADA: M. N. D. S.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

DIREITO DE FAMÍLIA. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. PRETENSÃO DE DESFAZIMENTO PARCIAL DA TRANSAÇÃO POR MEIO DE APELAÇÃO. INADMISSIBILIDADE.

1. O recurso de apelação não é meio hábil e idôneo para alterar ou anular acordo homologado por sentença, o qual só pode ser revisto por ação autônoma, quando serão discutidos os eventuais vícios de consentimento alegados pela parte prejudicada.
2. Apelo não conhecido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, **em não conhecer do recurso**, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de julho de 2009.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por P. S. D. S., em face de sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca do Crato/CE, que homologou acordo firmado pelo ora recorrente e sua ex-esposa, nos autos de ação de separação consensual.

No decorrer da demanda, houve audiência de ratificação, na qual ficou pactuado que: "a) a mulher voltará a usar o nome de solteira; b) a filha do casal ficará sob a guarda da mãe; c)o casal possui um imóvel localizado na Rua Edite Araújo Teles, nº 96, onde o cônjuge virago reside atualmente, além de um terreno vizinho, ficando a casa com o cônjuge virago e o terreno com o cônjuge varão" (fl. 12).

Sentença proferida à fl. 14, na qual foi decretada a separação consensual segundo os termos fixados na ratificação realizada em juízo.

Insurgindo-se contra o decisório supra, afirma o apelante que foi prejudicado com a partilha levada a efeito, já que o imóvel atribuído à ex-mulher não pertencia ao patrimônio amealhado, posto que adquirido pelo recorrente em momento anterior ao enlace matrimonial, realizado sob o regime de comunhão parcial de bens.

Contrarazões às fls. 28-30.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 43-6, opinando pelo conhecimento da apelação interposta, mas pelo seu desprovimento.

É o relatório.

Ao e. Revisor.
Fortaleza, 24 de junho de 2009.

VOTO

O apelo interposto não merece ser conhecido, pois é pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, que para a desconstituição de acordo homologado judicialmente, manifestado pela vontade das partes, faz-se indispensável a propositura de ação própria, devido a exigência de conjunto probatório para a constatação de eventual vício no termo pactuado.

Manifestando-se a respeito, Yussef Said Cahali ensina:

> Homologado o acordo por sentença, exaure-se a prestação jurisdicional a cargo do juiz, sendo-lhe defeso alterar as estipulações convencionadas ainda que a reclamo de qualquer das partes. Surgindo dúvida sobre a interpretação de cláusula do acordo homologado, a solução da divergência entre as duas partes, agora em oposição antagônica, desde que se apresente complexa, deve ser remetida às vias ordinárias (*in* Divórcio e separação, 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 287 e 288).

Em igual sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

> Nova lide pode surgir em torno da eficácia do negócio transacional. Mas, a lide primitiva já está extinta. Só em outro processo, portanto, será possível rescindir a transação por vício de consentimento. O arrependimento ou a denúncia unilateral é ato inoperante no processo em que se produziu a transação mesmo antes da homologação judicial (*in* Curso de Direito Processual Civil,. 27ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. I, pp. 322 e 323).

Destarte, é inviável juridicamente a retratação unilateral, mesmo que parcial, quando um dos acordantes evidencie arrependimento, à alegação de pretenso prejuízo, pois o ato firmado encontra-se revestido de todas as formalidades legais, com os termos da transação judicialmente homologada.

A respeito, em caso assemelhado, enfatizou o Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA CONVERTIDA EM CONSENSUAL - ACORDO HOMOLOGADO - PRETENSA ANULAÇÃO DA SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA - VIA INADEQUADA - AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL - RECLAMO NÃO CONHECIDO
> Tendo as partes manifestado livremente sua vontade através de acordo devidamente homologado, impossível é o arrependimento unilateral, de modo que, as suas cláusulas ou condições obrigam definitivamente os contratantes, só podendo ser anuladas por vício do consentimento ou social.

> Assim sendo, não é o presente recurso o meio cabível para a desconstituição do título judicial formalmente perfeito, carecendo o apelante de interesse recursal (Ap. Cív. n. 2006.019212-9, rel. Des. Salete Silva Sommariva, *DJSC* 03.10.06);
>
> AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL. CONVERSÃO PARA DIVÓRCIO DIRETO CONSENSUAL. ACORDO. HOMOLOGAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO AJUSTADO. NECESSIDADE DE AÇÃO PRÓPRIA. NÃO CONHECIMENTO.
> O recurso de apelação cível não é o instrumento processual adequado à anulação ou à modificação de acordo celebrado e homologado em juízo, cabendo ao acordante irresignado socorrer-se de ação própria, cujo sucesso está condicionado à demonstração da ocorrência de vícios de consentimento, seja por erro, dolo ou coação. (Apelação cível n. 2005.010162-0, de Brusque, Relator Des. Luiz Carlos Freyesleben) (Ap. Cív. n. 2006.014778-4, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, *DJSC* 29.06.06).

No mesmo viés, assim tem se pronunciado o Tribunal de Justiça de Goiás:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO CONSENSUAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. ALEGAÇÃO DE VÍCIO NA DECLARAÇÃO DA VONTADE. Recurso apelatório não é meio hábil a rescindir ou anular acordo homologado por sentença, mesmo sob alegação de existência de coação, ou qualquer vício na declaração da vontade, visto que nenhum julgamento sobre o conteúdo da lide foi proferido, mas apenas confirmada a vontade, que se deduz, livremente transacionada pelas partes. Para tanto, faz-se necessário a interposição por via de ação adequada. Apelo não conhecido (Ap. Cív. n. 72375-0/188, rel. Des. Vítor Barboza Lenza, *DJGO* 06.02.04);
>
> AÇÃO DE SEPARAÇÃO LITIGIOSA CONVERTIDA EM CONSENSUAL. SENTENÇA HOMOLOGATÓRIA DE ACORDO. PRETENSÃO DE DESFAZIMENTO DA TRANSAÇÃO POR MEIO DE APELAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. O RECURSO DE APELAÇÃO NÃO É MEIO HÁBIL E IDÔNEO A ALTERAR OU ANULAR ACORDO HOMOLOGADO POR SENTENÇA. Para se argüir o descumprimento, arrependimento ou lesão a interesses, mister se faz o ajuizamento de ação própria. Apelo conhecido e improvido (Ap. Cív. n. 69756-2/188, rel. Des. Rogério Arédio Ferreira, *DJGO* 03.09.03).

Desse modo, para a desconstituição, ainda que parcial, de acordo judicialmente homologado, há indispensabilidade do uso de ação própria, na qual poderia, em tese, ser rescindido o termo pactuado, comprovando-se, naturalmente, a ocorrência de dolo, coação ou erro, como determina o art. 849 do atual Código Civil.

Em face do exposto, **não conheço da apelação interposta**.

É como voto.

Nº PROCESSO: 0445230-61.2000.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 24ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: TÂNIA FREITAS DA SILVA
APELADOS: EDITORA VERDES MARES LTDA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. IMPRENSA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. FOTO PUBLICADA NO JORNAL QUE NÃO TEVE QUALQUER PROPÓSITO DE EXPOSIÇÃO DA AUTORA DE FORMA VEXATÓRIA, RIDÍCULA OU OFENSIVA. IMAGENS REALIZADAS COM O CONSENTIMENTO DA PROMOVENTE.

1. A Autora objetiva ser indenizada pelos alegados danos morais sofridos, em virtude de foto publicada com alguns dizeres, que, provavelmente, lhe causaram infortúnio vivido entre amigos, colegas de trabalho e família.

2. Fato insignificante que não gera dano indenizável, ainda mais quando a Promovente deu causa para o evento, inclusive autorizando a publicação das fotos.

3. A jurisprudência nacional tem admitido que fatos dessa natureza não tem o potencial para responsabilizar a empresa jornalística que não extrapolou e que não adulterou imagem.

APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0445230-61.2000.8.06.0000, em que figuram, como Apelante TÂNIA FREITAS DA SILVA e, como Apelado EDITORA VERDES MARES LTDA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 14 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação de Indenização por Dano Moral e à Imagem ajuizada por TÂNIA FREITAS DA SILVA contra a EDITORA

VERDES MARES LTDA, em que a Autora aduz que foi convidada para ser capa do Jornal da Rua e que tirou 18 (dezoito) fotos, saindo duas fotos na edição do dia 23 de fevereiro de 1999 e outra em 19 de junho de 1999, sendo que esta, a Autora alega que ficou "chocada" e "estarrecida" com os dizeres contidos na foto.

Afirma ainda que procurou o produtor responsável pelas fotos e que este relatou que tinha acontecido um engano na publicação da foto. Ao final, informa que até a data do ajuizamento da ação, a Promovente sofria constrangimento por causa da foto e que sua moral e imagem ficaram arruinadas devido a irresponsabilidade da empresa.

Em Contestação de fls. 30/40, a Promovida alega, preliminarmente, da decadência, e no mérito, aduz da inexistência do dano moral e que a Autora consentiu sobre a publicação das fotos.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático julgou improcedente a ação por não vislumbrar a presença de nenhum dos elementos essenciais da responsabilidade civil.

É o que se lê às fls. 76/79.

Irresignado com a decisão, a Autora interpôs recurso de Apelação, aduzindo que foi alvo de chacota e humilhações por parte dos amigos e dos familiares, que perdeu o emprego e saiu da escola por causa da foto, sendo configurada a ilicitude do ato da empresa Ré.

É o conteúdo das fls. 81/85.

Contrarrazões às fls. 88/96.

Parecer ministerial às fls. 117/119, informando que inexiste interesse público no caso.

Às fls. 128, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Conheço da presente Apelação por estar presentes os requisitos de sua admissibilidade.

No caso dos autos, a Autora objetiva indenização pelos alegados danos morais sofridos, em virtude de foto publicada Jornal da Rua, que causaram-lhe um infortúnio vivido entre amigos, colegas de trabalho e família, pelo constrangimento causado.

A Constituição Federal assegura a compensação pelo dano moral, mais precisamente no seu art. 5º, V e X, ao dispor que:

> "V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem;

> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;"

Sobre o direito à própria imagem, observa-se a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

> "O direito à própria imagem integra o rol dos direitos da personalidade. No sentido comum, imagem é a representação pela pintura, escultura, fotografia, filme etc de qualquer objeto e, inclusive, da pessoa humana, destacando-se, nesta, o interesse primordial que apresenta o rosto." ("Responsabilidade civil". Saraiva, 8ª ed., p. 106)

Delimitada a natureza jurídica do direito à imagem, deve-se destacar que a responsabilidade civil é devidamente regulamentada pelo Código Civil, mais precisamente em seu art. 186, ao dispor que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito".

O art. 927 do Código Civil, por sua vez, complementando o mencionado artigo 186, determina que aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Assim, se estiverem presentes todos os requisitos da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o ato ilícito, o dano, a culpa do agente e o nexo de causalidade entre o dano suportado pela vítima e o ato ilícito praticado, impõe-se o dever de indenizar.

No caso dos autos, é incontroverso que a Apelada usou a imagem da Apelante, contudo, entendo que não é devida a indenização por direito de imagem e nem a dano moral.

Cabe ressaltar que não houve, na espécie, qualquer exposição da Autora de forma vexatória, ridícula ou ofensiva, não sendo possível admitir a existência de dano moral, até porque a própria Promovente concordou em fazer o ensaio sensual e sabia da publicação no jornal.

Outrossim, as normas invocadas pela Apelante e que regulam a matéria dispõem que a ofensa ao direito de imagem hábil a ensejar indenização por danos morais, é aquela que resulta na divulgação feita sem autorização do fotografado, DE FORMA VEXATÓRIA, ou que, de alguma maneira, insulte a dignidade da pessoa retratada. Entretanto, a meu ver, a fotografia utilizada não sugere qualquer ofensa à Autora, seja de ordem moral ou social, como as brincadeiras feitas pelos amigos e colegas trabalho, até porque a própria consentiu em realizar as fotos de biquínis e em poses sensuais.

Nesse sentido, confira-se a orientação jurisprudencial:

> "INDENIZAÇÃO - Direito à imagem - Prejuízos - Não comprovação - Necessidade de demonstrar a ocorrência de dano efetivo - Matéria de interesse público - Situação de acordo com a verdadeira conotação do fato

> reportado - Inexistência de abuso no direito de informar - Ausência de vantagem econômica em razão da divulgação da imagem - Recurso não provido. Não obstante a Constituição Federal assegurar proteção à violação e à reprodução da imagem, deve ser demonstrada a ocorrência de dano efetivo, seja material ou moral, sendo imprescindível averiguar a ofensa a um bem jurídico" (Apelação Cível n. 270.952-1 - São Paulo - 7ª Câmara de Férias B de Direito Privado - Relator: Leite Cintra - 23.10.96 - V.U.)

> "Civil. Responsabilidade Civil. Postulação de indenização por danos morais em virtude de publicação jornalística. Veracidade do fato noticiado. Improcedência mantida. A empresa jornalística responde pelo dano causado se deixa de comprovar a veracidade do fato noticiado. (...) Somente haverá uso indevido da imagem alheia a ensejar reparação se ela for explorada comercialmente sem autorização ou participação de seu titular no ganho através dela obtido, e o dano moral apenas se configura quando a imagem for utilizada de forma humilhante, vexatória." (TJRJ – AP - Quinta Câmara Cível - Rel. DES. JOSE AFFONSO RONDEAU - J. 21/03/2000).

Ainda neste sentido, já se pronunciou o STJ:

> "Processo civil. Uso indevido de imagem em publicação jornalística. Formação do pólo passivo para a ação de compensação por danos morais. Inclusão, neste, do editor, de diretores da revista e do fotógrafo responsável pelo retrato. Inaplicabilidade da Lei de Imprensa para o deslinde da questão."

Reiterada é a jurisprudência do STJ no sentido de que a utilização de imagem sem a devida autorização, ainda que por meio de comunicação, é questão diversa daquelas relacionadas ao exercício do direito de informação, que estão reguladas pela Lei nº. 5.250/67.

Na hipótese, a Apelante autorizou a utilização de suas imagens no jornal, mas que os dizeres publicados a deixaram constrangida. Ocorre que, tal circunstância, por si só, não autoriza a concessão automática de indenização a título de violação de imagem.

Conforme se extrai dos dispositivos acima citados, e que regulam a matéria, a ofensa ao direito de imagem hábil a ensejar indenização por danos morais, é aquela que resulta da divulgação feita sem autorização do fotografado, de forma vexatória, ou que, de alguma maneira, insulte a dignidade da pessoa retratada. Não sendo assim, o caso dos autos, pois trata-se de uma foto em que a Promovente saiu de biquíni, de um ensaio realizado com o seu consentimento, e com o simples enunciado informando que tratava-se de "Namorada do Dr. Fritz", "Peladona", etc.

Imperioso ressaltar, que não foi o nome da Autora que apareceu na foto que supostamente causou o dano, mas sim, o nome de uma "Fabiana Freitas".

Nesse contexto, tem-se que a utilização da imagem da Apelante, não configura ato ilícito ou dano moral, porquanto serviu, casualmente, como mera ilustração

daquela reportagem, e de forma a ressaltar os atributos físicos da Promovente.

Portanto, é exagerado dizer que no caso, houve efetivos danos morais. Nesse sentido, entende a doutrina:

> "Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos". (Sérgio Cavalieri Filho, Programa de Responsabilidade Civil. 7a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 80)

No mesmo sentido, já se decidiu:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PUBLICAÇÃO DE FOTOGRAFIA ASSOCIADA À MATÉRIA DE CUNHO JORNALÍSTICO. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. 1 - Apesar de o autor não ter autorizado expressamente a utilização de sua imagem, tal fato, por si só, não autoriza a concessão imediata de indenização a título de violação do direito de imagem. 2 - Na espécie, a reportagem veiculada com a foto do autor, que no momento da captação, exercia sua função no serviço de limpeza urbana, tinha como objetivo retratar a situação dos depósitos de lixo a céu aberto existente nas cidades mineiras. 3 - O relato jornalístico, que sequer mencionou o nome do autor, visava tão-somente informar a população sobre questão de extrema relevância para a saúde pública e o meio ambiente, não importando qualquer ofensa à sua honra ou imagem, o que afasta a indenização ora pretendida." (TJMG, Apelação Cível nº 1.0024.06.146752-8/001, 15ª Câmara Cível, Relator Des. Wagner Wilson, j. Em 22/11/2007)

E também o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> "CIVIL. FOTOGRAFIA PUBLICADA EM JORNAL. FALTA DE AUTORIZAÇÃO PRÉVIA DO INTERESSADO. MATÉRIA JORNALÍSITICA COM CLARO INTUITO INFORMATIVO. FALTA DE VIOLAÇÃO A DIREITO DE IMAGEM. MERA DIVULGAÇÃO DE SITUAÇÃO PÚBLICA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS IMPROCEDENTE. DECISÃO: RECURSO IMPROVIDO. 1- A mera publicação de fotografia em jornal de grande circulação, sem autorização expressa da pessoa retratada na divulgação pública, não conduz automaticamente à incidência de dano moral indenizável. 2- Considerando que a divulgação da imagem do Autor ocorreu em face de mera ilustração de matéria jornalística de intuito informativo, bem como pelo fato de que

> não houve violação a direito da personalidade, o pedido indenizatório não merece provimento. 3- Recurso não provido, sentença mantida." (TJDFT, Apelação Cível no Juizado Especial nº 2006.06.1.003440-4, 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, Relatora Des. Iracema Miranda e Silva, j. Em 13/03/2007)

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

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

Processo: 00121837-65.2009.8.06.0001 - Apelação Cível
Partes:
Apelante: M. F. L.
Apelados: M. F. L. J. Representado Por J. M. L. L. e H. L. L. Representado Por J. M. L. L.
Relator: Desembargador Francisco Sales Neto.
Órgão Julgador: Primeira Câmara Cível.

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL MANEJADA EM SEDE DE AÇÃO DE ALIMENTOS. RAZÕES RECURSAIS QUE SE CINGEM EM ARGUIR A NULIDADE DA SENTENÇA, SOB O ARGUMENTO DE EXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO COM HORA CERTA LEVADA A EFEITO PELO MÓDULO JURISDICIONAL SINGULAR (ARTS. 224/229, CPC). COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO PROMOVIDO EM AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. VÍCIOS SUPRIDOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 214, §1º, DA LEI ADJETIVA CIVIL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I. Consoante reza o artigo 214, §1º, do Código de Processo Civil, o comparecimento espontâneo do promovido em juízo supre a falta da citação ou eventuais vícios que dela decorram.

II. In casu, verifica-se do termo de assentada existente nos autos que o promovido, antes de ser citado, compareceu à audiência prévia de conciliação, oportunidade em que, inegavelmente, tomou conhecimento da demanda proposta pelos recorridos em seu desfavor.

III. Nessa toada, não se mostrava pertinente a citação com hora certa do promovido nos moldes em que procedeu o douto judicante primevo, uma vez que, por ocasião da audiência prévia de conciliação, já havia se iniciado o decurso do prazo para o promovido apresentar resposta aos termos da inicial, ex vi do disposto no art. 214, §1º, da Lei Adjetiva Civil.

IV. Dessarte, considerando que o insurgente se limitou, nas razões do vertente recurso, a arguir a nulidade da citação, e, demonstrado que eventuais vícios foram integralmente remediados em decorrência do comparecimento espontâneo do promovido à audiência de conciliação, dessume-se que a presente apelação cível merece ser desprovida.

V. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, discutidos e relatados os presentes autos de APELAÇÃO CÍVEL

n.º 0121837-65.2009.8.06.0001, 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, tomar CONHECIMENTO do recurso, para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo nos termos do voto do eminente Relator.

Fortaleza, 07 de novembro de 2011.

VOTO

1. ADMISSIBILIDADE

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

2. FUNDAMENTOS

Consoante já introduzido por ocasião do Relatório, trata a espécie ora em testilha de recurso apelatório pulsado pelo Curador Especial do ausente M. F. L., em sede de ação de alimentos (Processo nº 0121837-65.2009.8.06.0001), cujo trâmite operou-se perante o Módulo Jurisdicional da 14ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza/CE.

No caso em tela, o insurgente restringe-se a alegar a nulidade da citação com hora certa levada a efeito por determinação do Juízo da 14ª Vara de Família desta Comarca por carta com Aviso de Recebimento (A.R.), porquanto realizada à revelia dos critérios insculpidos nos arts. 224 a 229 do Código de Ritos.

O recurso apelatório ora *sub examine* versa, portanto, acerca da validade da citação do promovido para responder aos termos da demanda inaugural.

E, de um acurado estudo dos fólios processuais, firmo meu entendimento no sentido de que, conquanto irregular a via eleita pelo douto judicante primevo para operar a citação com hora certa do recorrente/promovido, o alegado vício, como bem salientou a douta Procuradoria Geral de Justiça, restou, nos termos do art. 214, §1º, do Código de Ritos, remediado em razão do seu comparecimento pessoal e espontâneo à audiência de conciliação, consoante faz prova o Termo de Assentada acostado à fl. 33 dos autos digitais.

Ademais, é despiciendo se, na hipótese ora *sub examine*, a referida audiência precedeu a citação do promovido ou fora presidida por pessoa diversa do magistrado da causa – porquanto no suso mencionado dispositivo legal inexiste menção a tal exigência –, importando, apenas, a inequívoca ciência do recorrente acerca da existência da demanda articulada pelos recorridos em seu desfavor, como indubitavelmente ocorreu.

Nesse diapasão, tendo o promovido tomado inequívoca ciência dos termos

da pretensão autoral, entende-se como alcançada a finalidade estatuída pela legislação processual civil à citação, razão pela qual deveria este ter apresentado sua resposta no tempo hábil, sob pena de suportar as consequências de sua desídia (art. 319 CPC).

Nesta oportunidade, trago a lume o elucidativo magistério do insigne mestre THEOTÔNIO NEGRÃO, em comentário ao art. 214, § 1º, da Lei Adjetiva Civil, *in* "Código de Processo Civil e legislação processual em vigor", 41a. ed., 2009 pg. 330:

> "**O comparecimento do réu à audiência, embora desacompanhado de advogado, supre a falta de citação.**
> […]
> Segundo a sistemática processual vigente, extensiva ao processo executivo (CPC art. 214, §1º c/c 598), o comparecimento do réu supre eventual vício de citação." (STJ-4ª T., RMS 629-RS, rel. Min. Sávio de Figueiredo, j. 26.2.91, negaram provimento, v.u., DJU 25.3.91, p. 3.225)." (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 41ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2009 pg. 330).

A respeito do tema preleciona ainda VICENTE GRECO FILHO:

> "1:A citação é a primeira e fundamental garantia de um processo livre e democrático, porque por seu intermédio se leva ao réu o conhecimento da demanda e o que pretende o autor. Sem citação não se completa o "actum trium personarum", a relação jurídica processual, não podendo de um simulacro de processo se extrair qualquer efeito.
> [...]
> Como a citação é um ato de cientificação, de conhecimento, o comparecimento do réu supre sua falta ou nulidade." (Direito Processual Civil Brasileiro, 16ª ed., 2º vol., São Paulo: Saraiva, 2003, pg.29).

Na verdade, *in casu*, o que se verifica é uma tentativa do recorrente de afastar os efeitos da revelia que lhe foram impostos pelo douto Juiz planicial em virtude da não apresentação da resposta no prazo legal, o que, a meu sentir, não pode se admitir.

Palmilhando a mesma linha de pensamento ora esposada, colhem-se os seguintes arestos:

> "[…] AÇÃO REVISIONAL - **PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO - EVENTUAL AUSÊNCIA DE CITAÇÃO SUPRIDA - EXEGESE DO ART. 214, § 1.º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL** - ANÁLISE PREJUDICADA. **O comparecimento espontâneo do Demandado aos autos tem o condão de suprir eventual equívoco na realização da citação, pelo que prejudicada a discussão acerca da validade desse ato, nos termos do art. 214, § 1.º, do Código de Processo Civil.** […]" (TJ/SC 338485 SC 2005.033848-5, Terceira Câmara de Direito Comercial, Relator: Desembargador Paulo Roberto Camargo Costa, Data de Julgamento: 04/06/2009)
>
> PROCESSUAL CIVIL. SFH. AÇÃO DE IMISSÃO DE POSSE.

> MUTUÁRIOS RÉUS. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO EM JUÍZO. CITAÇÃO SUPRIDA. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL POR ADVOGADA DEVIDAMENTE CONSTITUÍDA. AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO. SENTENÇA. NULIDADE. AUSÊNCIA. **1. O comparecimento espontâneo em juízo de réu não citado supre a falta da citação, nos termos do art. 214, parágrafo 1.º, do CPC,** sendo desnecessária a previsão na procuração de poderes para receber citação para a aplicação dessa norma processual. […] (TRF-5; Ap.Civ. 2006.05.00.062504-1, Relator: Desembargador Federal Emiliano Zapata Leitão (Substituto), Data de Julgamento: 29/07/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 11/08/2008 - Página: 212 - Nº: 153 - Ano: 2008).

Outrossim, cumpre registrar que, entendendo o apelante indevida a condenação vertida no v. decisório monocrático, a ele é ofertado pelo ordenamento jurídico pátrio o manejo de ação de revisão ou de exoneração de alimentos.

3. DISPOSITIVO.

Ante ao exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso apelatório, posto que presentes todos os pressupostos de admissibilidade, para, no entanto, NEGAR-LHE PROVIMENTO, por ausência de substratos jurídicos capazes de justificar a reforma do provimento jurisdicional vergastado.

É como voto.

Fortaleza, 07 de novembro de 2011.

Nº 1288-06.2000.8.06.0142/1
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: CAIXA SEGURADORA S.A
APELADA: S. COSTA OLIVEIRA – ME
RELATOR – DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ

EMENTA: CIVIL – CONTRATO DE SEGURO – SENTENÇA QUE ORDENOU PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO – APELAÇÃO – ALEGAÇÃO DE QUE O SEGURADO NÃO ADOTOU AS CAUTELAS MÍNIMAS – IMPROVIMENTO – APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO *VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON POTEST*.

1 – Ao firmar o contrato de seguro, a seguradora verificou, no Termo de Adesão Contratual, acerca da existência ou não dos aparatos de segurança apresentados pelo segurado, que, no caso, conforme documento de fl. 102, atestavam que este não dispunha de circuito interno de TV, alarme nem cofre eletrônico, aspectos estes que, obviamente, influenciam diretamente no valor do contrato, diante da natural elevação dos riscos.

2- Assim, se a apelante, no ato da assinatura do contrato, não se insurgiu à inexistência dos mencionados aparatos de segurança, não poderia, em momento ulterior, se esquivar das obrigações contratuais com fundamento na ausência daqueles instrumentos, pois tal comportamento ofende a boa fé objetiva, avalizando a aplicação do instituto civil intitulado *venire contra factum proprium non potest*, o qual traduz a ideia de que se faz inadmissível a adoção de comportamentos contraditórios, de modo que a parte não pode efetivar determinados atos para, após o decurso do tempo, requerer um provimento completamente destoante dos efeitos advindos daqueles mesmos atos anteriormente praticados.

3 – Se a seguradora, ao efetivar contrato de seguro com riscos maiores, se beneficiou do valor atribuído, deve arcar com a indenização advinda da contingência, pois os riscos mais elevados também serviram de fundamento para o cálculo da contraprestação devida pelo segurado, o qual faz jus à percepção dos valores furtados de seu estabelecimento.

Apelação conhecida e improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, tudo nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação de Cobrança ajuizada por S. COSTA OLIVEIRA –ME, devidamente qualificado, em face de CAIXA SEGURADORA S.A, também individuada, em que o primeiro objetivou obter valores da segunda, em função de contrato de seguro firmado, uma vez que o estabelecimento daquele (casa lotérica) fora alvo de furto.

Em contestação e documentos (fls. 79/91), a requerida arguiu preliminar de falta das condições da ação e, no mérito, postulou pela improcedência do pedido, ao fundamento de que o segurado não manteve as cautelas necessárias para a segurança dos valores que se encontravam em seu estabelecimento.

Em sentença, de fls. 107/110, afastou-se as preliminares e, no mérito, julgou-se pela procedência do pedido, condenando a requerida a arcar com os valores furtados (R$ 2.438,50).

Em sede de apelação, de fls. 116/119, a Caixa Seguradora S.A postulou pela reforma da decisão, com fundamento de que o apelado não teria adotado as mínimas condições de segurança estabelecidas no contrato, elevando o risco, razão pela qual não faria jus ao valor da indenização devida pela seguradora.

Em contrarrazões recursais, de fls. 122/125, o apelado postulou pela manutenção da sentença.

Autos inicialmente distribuídos ao Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes (fl. 132), o qual determinou a intimação da douta Procuradoria de Justiça, que, por sua vez, em parecer de fls. 135/137, afirmou que não haveria interesse público que justificasse a intervenção do *Parquet*.

Em função da Portaria n. 1489/2009, foi determinada a redistribuição dos autos, os quais recaíram a este Relator (fl. 141).

É o relatório.

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

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso apelatório, eis que próprio, interposto tempestivamente, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para sua análise.

Segundo o apelante, não obstante a existência de contrato de seguro, o apelado não arcou com os cuidados mínimos necessários para a proteção dos valores que se encontravam no interior de seu estabelecimento, posto que não instalou sistema de alarmes e circuito interno de TV, tal como imposto no contrato (cláusulas 5ª e 10ª).

Contudo, acerca da matéria, conforme bem ressaltou o Juízo *a quo*, os aparatos de segurança exigidos ao segurado deveriam ficar consignados no Termo de Adesão, uma vez que tais aspectos influenciam no valor pago à seguradora, obviamente

porque quanto maior a segurança, menor o risco.

No entanto, conforme se extrai do Termo de Adesão (fl. 102), o apelado NÃO assinalou a existência de circuito interno de TV, alarme nem cofre com abertura eletrônica, evidenciando que a apelante, ao anuir com a contratação do seguro, bem como estabelecer o preço pertinente, o fez cônscia dos riscos com a efetivação do negócio jurídico.

Portanto, se no ato da assinatura a apelante não se insurgiu à inexistência dos mencionados aparatos de segurança, não poderia, em momento ulterior, se esquivar das obrigações contratuais, pois tal comportamento ofende a boa fé objetiva, avalizando a aplicação do instituto civil do *venire contra factum proprium non potest*, o qual traduz a ideia de que se faz inadmissível a adoção de comportamentos contraditórios, de modo que a parte não pode efetivar determinados atos para, após o decurso do tempo, requerer um provimento completamente destoante dos efeitos advindos daqueles atos anteriormente praticados.

Conforme bem leciona Ruy Rosado de Aguiar Júnior (*in* A extinção dos contratos por incumprimento do devedor. 1. ed. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 240):

> A teoria dos atos próprios, ou a proibição de *venire contra factum proprium* protege uma parte contra aquela que pretenda exercer uma posição jurídica em contradição com o comportamento assumido anteriormente. Depois de criar uma certa expectativa, em razão de conduta seguramente indicativa de determinado comportamento futuro, há quebra dos princípios de lealdade e de confiança se vier a ser praticado ato contrário ao previsto, com surpresa e prejuízo à contraparte.

No caso dos autos, a contradição demonstrada pela apelante, hábil a carrear a aplicação do *venire contra factum proprium non potest*, consistiu no fato de que, ao assinar o contrato, a inexistência de circuito interno de TV, alarmes e cofre eletrônicos foi devidamente observada e não impediu a formação da avença; todavia, após o acontecimento do furto no estabelecimento, objetivou não adimplir o valor da indenização com fundamento na ausência dos referidos aparatos de segurança, o que se afigura absurdo.

Diante de todo o exposto, conheço o recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 11 de abril de 2012.

Apelação Cível nº 16114-56.2000.8.06.0071/1, oriunda da 3ª Vara da Comarca de Crato.
Apelante: Ministério Público.
Apelado: Paulo Henrique Pierre Monteiro.
Relatora: Desa. Maria Iracema Martins do Vale.

EMENTA: DIREITO CIVIL. AÇÃO DE USUCAPIÃO ORDINÁRIA. AGRAVO RETIDO REJEITADO. MÉRITO: REQUISITOS PREENCHIDOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

- O caso trata de ação de usucapião ordinária em que o autor, ora apelado, logrou êxito em demonstrar o preenchimento de todos os requisitos previstos em lei.

1. Do agravo retido:

- O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, devendo-se levar em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica "dos pedidos".
- Agravo retido rejeitado.

2. Mérito:

- Cabe ressaltar que para a aquisição da propriedade por usucapião ordinária se faz necessária a conjugação de todos os elementos exigidos pelo Art. 551 do Código Civil de 1916 (vigente à época): *animus domini*, exercício da posse de forma contínua e inconteste, justo título, boa-fé e lapso temporal determinado na legislação.
- Restando devidamente preenchidos tais pressupostos, deve o pleito autoral ser deferido.
- Apelação conhecida e desprovida.
- Sentença mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 16114-56.2000.8.06.0071/1, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer da apelação interposta para, preliminarmente, rejeitar o agravo retido de fls. 59/61 e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo inalterada a sentença recorrida, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta com o objetivo de desconstituir sentença proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Crato que decidiu

pela procedência da demanda.

O caso/a ação originária**:** Paulo Henrique Pierre Monteiro alegou encontrar-se na posse mansa e pacífica de imóvel situado no município de Crato por mais de vinte e cinco anos, o que tornaria viável a incidência na espécie do instituto da prescrição aquisitiva. Citados todos os confinantes, bem como notificada a Fazenda Pública (União, Estado e Município), não foi apresentada qualquer oposição à pretensão do requerente. O Ministério Público Estadual manifestou-se pela extinção do processo sem resolução de mérito, sob o fundamento de inépcia da inicial, por lhe faltar o pedido (fls. 55/56).

Em decisão interlocutória de fls. 57/57v, o julgador *a quo*, tendo por superada a suposta ausência de pedido, uma vez que a leitura da petição inicial permitiria deduzir, sem maiores problemas, a pretensão do demandante ao ingressar em juízo, determinou o retorno dos autos ao *Parquet*.

Às fls. 59/61, o Ministério Público houve por bem interpor agravo retido nos autos, aduzindo, para tanto, que a ausência de pedido, no caso em apreço, se configuraria como vício insanável, não podendo, portanto, ser convalidado.

Em impugnação (fls. 63/64), suplicou o agravado pela manutenção da decisão interlocutória anteriormente proferida, devendo o feito seguir o seu regular trâmite processual.

Após a devida instrução processual, restaram os autos conclusos, mais uma vez, à representante do *Parquet*, oportunidade na qual esta reiterou as razões de sua anterior manifestação, posicionando-se pela extinção do processo sem resolução de mérito, por inépcia da inicial (fls. 76/77).

A Sentença**:** às fls. 79/81, na qual o Juízo monocrático entendeu pela procedência da demanda. Transcrevo seu dispositivo, no que interessa:

> "Ante todo o exposto, embasado no art. 1.242 do Código Civil, aliado a ausência de oposição ao pleito inicial, JULGO PROCEDENTE o pedido inaugural para declarar por sentença o domínio do promovente sobre a área descrita na inicial, servindo esta de título para matrícula, oportunamente, no cartório de Registro de Imóveis da Comarca."

A Apelação**:** inconformado, ingressou o Ministério Público Estadual com o recurso de fls. 82/88, requerendo, preliminarmente, a análise do agravo retido de fls. 59/61. No mérito, pugnou pela reforma da sentença, consequente improcedência da demanda.

Contrarrazões às fls. 93/96, suplicando pela manutenção do *decisum*, em todos os seus termos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça**:** às fls. 111/116, opinando pelo conhecimento e desprovimento da apelação interposta, devendo restar inalterado o decisório proferido em 1º grau de jurisdição.

Esta Relatora, ao compulsar os autos, em contínua procura pela verdade processual, a fim de evitar a ocorrência de eventual nulidade, sempre buscando o

aproveitamento dos atos já praticados, em aplicação direta do princípio *pas des nullités sans grief*, proferiu despacho (fls. 118/119) determinando que o promovente/apelado esclarecesse se a sentença proferida na instância *a quo* teria resolvido a demanda nos estritos termos daquilo que fora pugnado, ou seja, como uma ação de usucapião ordinária.

Às fls. 121/122, Paulo Henrique Pierre Monteiro manifestou-se no sentido de que estaria clara a sua pretensão de "*adquirir a propriedade do imóvel referido através da USUCAPIÃO ORDINÁRIO que ora se esclarece como sendo o seu intento maior*" (*sic*). (trecho de fl. 122)

É o relatório.

Revisão feita pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Lincoln Tavares Dantas.

VOTO

O caso envolve dois pontos distintos, quais sejam, o agravo retido interposto pelo Ministério Público Estadual, reiterado por meio de preliminar na apelação de fls. 82/88, e o próprio mérito da questão, consubstanciado em ação de usucapião ordinária.

Sendo assim, para fins didáticos, dividiremos esta decisão em tópicos, a fim de enfrentar, de maneira específica, cada um dos pontos trazidos à apreciação desta Corte de Justiça.

1. Do Agravo Retido.

Afirmou o Ministério Público Estadual, por meio do agravo retido de fls. 59/61, devidamente arguido em sede de preliminar do recurso de apelação, que a petição inicial formulada pelo demandante estaria destituída de pedido, fato que induziria à extinção do processo sem resolução de mérito.

Entretanto, entendo que tal alegativa não merece prosperar.

Ora, não se pode olvidar que ao julgador incumbe o dever de buscar, constantemente, a verdade processual dos fatos postos à sua apreciação.

Neste sentido, esta Relatora, buscando evitar a ocorrência de eventual nulidade, o que somente retardaria a solução do presente feito, em aplicação direta ao princípio *pas des nullités sans grief* determinou a intimação do apelado para que este esclarecesse, de maneira fundamentada, se a sentença proferida na instância *a quo* teria propiciado a entrega da prestação jurisdicional devida, tal qual formulada em sua exordial.

Assim, conforme já relatado anteriormente, restou a questão devidamente resolvida quando da manifestação de fls. 121/122, na qual o Sr. Paulo Henrique Pierre Monteiro afirmou, categoricamente, que o pedido por ele formulado encerrava-se unicamente na aquisição do imóvel delimitado na inicial por meio de usucapião ordinária, pedido deferido na instância *a quo*.

Ademais, não se pode olvidar que o simples fato de tal requerimento não

estar expressamente consignado na parte final da petição inicial (Do Pedido) não possui o condão de induzir à extinção do feito sem a análise de seu mérito, uma vez que, como sabido, é lição elementar de processo civil que o pedido compreende não apenas a parte final da petição, mas também as pretensões jurídicas que podem ser extraídas mediante interpretação lógica dos fundamentos fáticos e jurídicos expostos na vestibular, o que se torna plenamente possível no caso em apreço, especialmente após a manifestação de fls. 121/122.

Acerca deste ponto específico da insurgência, transcrevo julgado do Superior Tribunal de Justiça que em tudo e por tudo confirma o raciocínio até aqui esposado, afastando, definitivamente, quaisquer questionamentos acerca da matéria, *in verbis*:

> "PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. *CAUSA PETENDI*. **INTERPRETAÇÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA DO PEDIDO, A PARTIR DE UMA ANÁLISE GLOBAL DA PETIÇÃO INICIAL.** PEDIDO GENÉRICO DE INDENIZAÇÃO. recurso provido. I – Nos termos da doutrina, a *causa petendi* é o fato ou conjunto de fatos a que o autor atribui a produção do efeito por ele pretendido. II - **O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica "dos pedidos"**. III – Não há julgamento *extra petita* quando a parte procura imputar ao réu uma modalidade de culpa e o julgador, diante da prova dos autos, entende caracterizada outra. Na linha de precedente do Tribunal, "em nosso Direito vigora o princípio de que as leis são do conhecimento do juiz, bastando que as partes apresentem-lhe os fatos, não estando o julgador adstrito aos fundamentos legais apontados pelo autor"." (REsp 233446/RJ, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2001, DJ 07/05/2001 p. 145) (destacamos)

Por tudo isto, a manutenção da decisão interlocutória recorrida, consequente afastamento da presente preliminar, é medida que se impõe.

2. Do mérito.

Para a aquisição da propriedade por usucapião ordinária se faz necessária a conjugação de todos os elementos exigidos pela lei, quais sejam: o *animus domini*, o exercício da posse de forma contínua e inconteste, justo título, boa-fé e o lapso temporal determinado na legislação. É o que determina o Art. 551 do Código Civil de 1916 (vigente à época da propositura da demanda):

> "**Art. 551** - Adquire também o domínio do imóvel aquele que, por 10 (dez) anos entre presentes, ou 15 (quinze) entre ausentes, o possuir como seu, contínua e incontestadamente, com justo título e boa-fé**.**
> **Parágrafo único** - Reputam-se presentes os moradores do mesmo

> município e ausentes os que habitam município diverso."

Desta forma, da análise dos autos se extrai que o apelado logrou êxito em comprovar todos os requisitos legalmente exigidos para a procedência da ação. O contexto probatório demonstra que o Sr. Paulo Henrique Pierre Monteiro exerceu sua posse respaldada em justo título (fl. 13), de forma contínua e inconteste, por cerca de 20 (vinte) anos ou mais. É o que se depreende da prova testemunhal colhida na instrução probatória:

> *"... que nunca ouviu falar de alguém haver surgido questionando a posse do promovente"*. (*sic*) (trecho do depoimento de Guilherme Brito e Cabral - fl. 74)
> * * *
> "... que o autor desde o ano de 1980 exerce a posse do terreno indicado na peça exordial, tendo adquirido tal posse da família Ossian Araripe; (...) que nunca ouviu falar de alguém haver surgido questionando a posse do promovente". (sic) (trecho do depoimento de Ernani Brígido Silva Neto - fl. 75)

Neste sentido, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "(...). **Usucapião ordinário. Justo título. Boa-fé**. 1. O fundamento do especial sobre a ausência de participação dos herdeiros no processo de inventário, não abala a base do acórdão recorrido para **reconhecer a prescrição aquisitiva, com a posse mansa e pacífica, e o justo título**. A disciplina positiva indicada não serve para a reforma do julgado recorrido, ausente o prequestionamento quanto ao art. 472 do Código de Processo Civil . 2. O dissídio sem a mesma base empírica e sem demonstração analítica é inútil. 3. Recurso especial não conhecido. (REsp 448.675/MS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/06/2003, DJ 01/09/2003, p. 279) (destacamos)

Por tudo isso, a manutenção da sentença, consequente desprovimento do apelo, é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Por todo o exposto, voto pelo conhecimento da apelação interposta para, preliminarmente, rejeitar o agravo retido suscitado e, no mérito, negar-lhe provimento, confirmando a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL N. 18007-28.2005.8.06.0000/0
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADOS:JOSÉ OLIVEIRA LIMA E OUTROS
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL. TETO REMUNERATÓRIO PREVISTO NO ART. 37, INCISO XI DA CRFB. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO ANTERIOR, TAMPOUCO A GARANTIA CONSTITUCIONAL DE IRREDUTIBILIDADE VENCIMENTAL EM FACE DA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. PRECEDENTES. POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE SUBTETOS ESTADUAIS E MUNICIPAIS. SUJEIÇÃO DE QUALQUER TIPO DE REMUNERAÇÃO DOS SERVIDORES, AO TETO REMUNERATÓRIO, INCLUÍDAS AS VANTAGENS PESSOAIS, EXCETO AQUELAS PERCEBIDAS ANTERIORMENTE À EC 41. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, A FIM DE DECLARAR A POSSIBILIDADE DE INSTITUIÇÃO DE SUBTETOS REMUNERATÓRIOS, OBSERVADA A EXCLUSÃO DAS PARCELAS PESSOAIS, CONCERNENTES AO PERÍODO ANTERIOR À EMENDA CONSTITUCIONAL 41 DE 19.12.2003.

1. **O cerne da querela em apreço consiste em averiguar o âmbito de incidência da norma insculpida no inciso XI, do art. 37 da CRFB – teto remuneratório do serviço público –, especificamente quanto à abrangência das parcelas de caráter pessoal.**

2. **Ante a inexistência de direito adquirido à regime jurídico revogado – entendimento sufragado pelo STF – não há que se excluir os proventos/pensões dos demandantes/recorridos da incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI da CRFB, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41 de 19.12.2003, tampouco dos subtetos previstos pelo texto constitucional. Precedente do TJCE.**

3. **"Sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não, incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo,*** 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2006. p. 614) – ressalvadas as vantagens de cunho pessoal anteriores à EC 41 de 19.12.2003. Precedente do STF.

4. Por conseguinte, os subtetos estaduais e municipais devem

observar o entendimento esposado pela Corte Suprema, quanto à exclusão das parcelas de cunho pessoal, do teto remuneratório, no que se refere aos proventos/pensões anteriores à EC n. 41.
5. Recurso de apelação conhecido e parcialmente provido, a fim de que seja reformada a sentença acicatada, declarando-se a possibilidade de instituição de subtetos remuneratórios, nos termos do art. 37, inciso XI da CRFB, observada, no entanto, a exclusão das parcelas pessoais, do referido teto, concernentes ao período anterior a Emenda Constitucional 41 de 19.12.2003.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 15 de julho de 2012.

RELATÓRIO

Relatório já anexado aos autos e devidamente submetido à revisão.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço o Recurso de Apelação.

O cerne da querela em apreço consiste em averiguar o âmbito de incidência da norma insculpida no inciso XI, do art. 37 da CRFB – teto remuneratório do serviço público –, especificamente quanto à abrangência das parcelas de caráter pessoal.

Consoante leciona Uadi Lammêgo Bulos, *"a finalidade do teto remuneratório é dar maior transparência e uniformidade no tratamento dos dinheiros públicos, impossibilitando a concessão de vantagens por meio de resoluções administrativas, outrora expedidas em sentido contrário ao princípio constitucional da moralidade."*(Curso de Direito Constitucional, 4ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009.p. 902).

Inicialmente, insta consignar que, ante a inexistência de direito adquirido à regime jurídico revogado – entendimento sufragado pelo STF – não há que se excluir os proventos/pensões dos demandantes/recorridos da incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI da CRFB, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 41 de 19.12.2003, tampouco dos subtetos previstos pelo texto constitucional.

Neste sentido, esta egrégia Corte de Justiça Alencarina já decidiu:

MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. ILEGITIMIDADE PASSIVA DE AUTORIDADE IMPETRADA. ACOLHIDA.

> MÉRITO. CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. **TETO REMUNERATÓRIO. PODER EXECUTIVO ESTADUAL. SUBSÍDIO DO GOVERNADOR. EMENDA CONSTITUCIONAL N. 41/2003. IMPOSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO DE DIREITO ADQUIRIDO E IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS EM FACE DO NOVO TEXTO CONSTITUCIONAL**. DENEGAÇÃO DA SEGURANÇA. 1. Preliminar: Ilegítima a indicação do Superintendente do IPEC em virtude da Previdência Estadual ter passado a ser administrada pelos Secretários da Fazenda e da Administração do Estado, nos termos da Emenda à Constituição Estadual nº 52/2003. - Preliminar acolhida. Contudo, como restaram os Secretários no polo passivo, prossegue-se o julgamento. 2. Mérito: **No caso, mandado de segurança em que pensionista de ex-servidor público estadual, Auditor Fiscal Estadual, pleiteia a inconstitucionalidade da aplicação do subteto remuneratório para o Executivo Estadual. 3. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que é constitucional a aplicação do teto e do subteto remuneratórios dos agentes públicos, com o redutor de vencimentos, subsídios e pensões fixados no Art. 37, XI da CF/88, determinada pela EC 41/2003. 4. De igual modo, os Tribunais Superiores já pacificaram o entendimento de que não existe direito adquirido de recebimento de remuneração ou proventos além do teto estabelecido pela mencionada EC nº 41/03, não prevalecendo, ainda, a garantia constitucional da irredutibilidade vencimental em face da nova ordem constitucional.** - Precedentes STF, STJ e TJCE. - Segurança denegada. - Maioria. (Mandado de Segurança 1061049200480600000 – **Relator(a):** MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE - **Órgão julgador:** Tribunal Pleno - **Data do julgamento:** 07/01/2010) (sem grifos no original)

Por outro lado, a doutrina e a jurisprudência pátrias são assentes em asseverar que "*sujeita-se ao teto remuneratório qualquer tipo de remuneração dos servidores, além de proventos e pensões, percebidos cumulativamente ou não,* ***incluídas as vantagens pessoais ou de qualquer outra natureza***." (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 16ª ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris. 2006. p. 614).

Neste diapasão:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **TETO REMUNERATÓRIO. SERVIDORES PÚBLICOS DO PODER EXECUTIVO. EXCLUSÃO DE GRATIFICAÇÃO GENÉRICA DE CARÁTER PESSOAL DO CÔMPUTO DA REMUNERAÇÃO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DO TETO REMUNERATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 37, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, COM A REDAÇÃO EMPRESTADA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/03.** AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 41/03, as vantagens pessoais passaram a integrar, para todos os efeitos, a remuneração e o subsídio dos ocupantes de cargos, funções e empregos públicos da administração direta, autárquica e

> fundacional, dos membros de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos detentores de mandato eletivo e dos demais agentes políticos e os proventos para fins de incidência do teto remuneratório aludido pelo art. 37, XI, da Carta Republicana. **2. Na espécie, servidores ocupantes de cargos efetivos do Poder Executivo, no âmbito da estrutura da Secretaria da Fazenda (SEFAZ-CE), visam afastar a Gratificação por Desempenho Fiscal (GDF) do cálculo de suas remunerações para os fins de incidência do teto remuneratório. Entretanto, tal postulação esbarra no art. 37, XI, da Constituição Federal, que prescreve que as vantagens de caráter pessoal também integram a remuneração para fins de incidência do teto remuneratório.** Precedentes. 3. Agravo conhecido e desprovido. (TJCE - Agravo de Instrumento 266773200780600000 – **Relator(a):** MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA - **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível - **Data de registro:** 19/05/2011)(sem grifos no original).

Entrementes, são ressalvadas as vantagens de cunho pessoal anteriores à Emenda Constitucional n. 41 de 19.12.2003, as quais não se submetem ao teto remuneratório previsto pelo texto constitucional**, consoante pacífico entendimento esposado pelo STF:**

> **CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVOS REGIMENTAIS EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENSÃO POR MORTE. TETO REMUNERATÓRIO. ARTS. 37, XI, DA CF/88. VANTAGENS PESSOAIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 41/03. 1. Consoante a firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, até o advento da EC 41/2003 (ainda que posterior à EC 19/1998), devem as vantagens pessoais ser excluídas do teto remuneratório previsto no inciso XI do art. 37 da Magna Carta. 2. O Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento de que a pensão por morte deverá corresponder ao valor da respectiva remuneração do servidor falecido, respeitados os limites previstos no art. 37, XI, da Constituição Federal. 3. Agravos regimentais a que se nega provimento. (STF - RE 543650 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 16/11/2010, DJe-243 DIVULG 13-12-2010 PUBLIC 14-12-2010 EMENT VOL-02450-01 PP-00305)**

No caso em jaez, a sentença vergastada determinou que os proventos/pensões dos apelados somente se sujeitassem ao teto remuneratório previsto no art. 37, inciso XI da CRFB. Como observado alhures, não há qualquer empecilho para que sejam estabelecidos subtetos estaduais e municipais – uma vez observados os parâmetros tracejados pelo referido dispositivo constitucional – quanto aos benefícios concedidos anteriormente à Emenda Constitucional n. 41, haja vista a ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior, tampouco a garantia constitucional de irredutibilidade vencimental em face da nova ordem constitucional.

Frise-se, no entanto, que os subtetos estaduais e municipais devem observar

o entendimento esposado pela Corte Suprema, quanto à exclusão das parcelas de cunho pessoal, do teto remuneratório, no que se refere aos proventos/pensões anteriores à EC n. 41:

> MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO ADMINISTRATIVO. **TETO REMUNERATÓRIO. VANTAGENS PESSOAIS.** 1. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* rejeitada, porquanto o Diretor de Pessoal da Polícia Militar do Ceará, autoridade apontada pelos impetrados como legítima a figurar no pólo passivo deste MS, apenas cumpre ordens de seu superior hierárquico, o Comandante Geral da PM, além de também estar jungido às diretrizes prefixadas pelo Secretário de Administração e pelo Governador do Estado. Desse modo, as autoridades ora impetradas detêm plena legitimidade passiva, à vista dos poderes de decisão inerentes a cada uma - ainda que em graus diferentes -, quanto à matéria versada nos autos. **2. No que se refere ao período anterior à Emenda Constitucional nº 41/2003, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 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 subteto de vencimento dos servidores locais.** 3. Na espécie, os impetrantes recebem em seus contracheques valores devidos a título de adicional de inatividade, gratificação por risco de vida e verba de representação. Todavia, tem-se por ausente a demonstração do caráter pessoal das referidas verbas, para que pudessem ser excluídas do cálculo do redutor constitucional. 4. "Para se definir quais gratificações são de caráter pessoal, tem-se que avaliar situação pessoal na qual se deu a concessão da vantagem, não se limitando simplesmente à verificação do seu *nomen iuris*". (STJ, RMS 16.129/PI, Rel. Min. Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 11.04.2005). 5. Inexistência de prova pré-constituída do pretenso direito líquido e certo dos impetrantes e impossibilidade de dilação probatória em sede mandamental. 6. Segurança denegada, sem resolução de mérito, por ausência de uma das condições da ação, qual seja o interesse de agir, em sua vertente interesse-adequação, nos termos do art. 267, VI, do CPC c/c art. 19 da Lei nº 12.016/2009. Unanimidade. (TJCE - Mandado de Segurança 48778411200080600000 - **Relator(a):** LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO - **Órgão julgador:** Tribunal Pleno - **Data de registro:** 17/11/2010).

ISSO POSTO, conheço do recurso de apelação, para conceder-lhe parcial provimento, a fim de que seja reformada a sentença acicatada, declarando-se a possibilidade de instituição de subtetos remuneratórios, nos termos do art. 37, inciso XI da CRFB, observada, no entanto, a exclusão das parcelas pessoais, do referido teto, concernentes ao período anterior a Emenda Constitucional 41 de 19.12.2003.

É como voto.

Fortaleza, 15 de julho de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 23473-63.2006.8.06.0001/1 DE FORTALEZA
APELANTE: VIAÇÃO ITAPEMIRIM S/A
APELADA: ANTÔNIA FLAVIANA DE SOUSA
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. MORTE DE PASSAGEIRO. EMPRESA TRANSPORTADORA. CONTRATO DE TRANSPORTE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA DO FALECIDO. PENSIONAMENTO. DANOS MORAIS CARACTERIZADOS. MANUTENÇÃO DOS VALORES. CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS A PARTIR DO ARBITRAMENTO, NOS TERMOS DA SÚMULA 362 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Por força do contrato de transporte, é objetiva a responsabilidade da empresa transportadora, somente deixando de existir em havendo força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, o que não se verificou no caso dos autos.
2. Considerando-se tabela de vencimentos da Polícia Militar do Estado da Bahia, a Apelante deverá efetuar, até o dia 21 de fevereiro de 2045, data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos, e enquanto a Recorrida não casar ou passar a viver em união estável, o pagamento de pensão correspondente a R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) mensais à Apelada, levando-se em consideração que a vítima, muito provavelmente, chegaria até o posto de coronel da referida Corporação.
3. O valor de R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) mostra-se razoável, máxime quando está situado, por assim dizer, no ponto médio do quadro vencimental da Polícia Militar do Estado da Bahia, sendo, portanto, com ele compatível, devendo ser salientado, ainda, que a Apelada dependia economicamente do seu falecido companheiro. Demais disso, a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, fixada como termo final para o pagamento da pensão, ajusta-se à expectativa de vida que vem sendo de ordinário aceita.
4. O valor da indenização por danos morais deve ser mantido em R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), *quantum* que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.
5. A Súmula 362 do STJ estabelece que "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".
6. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na

conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar parcial provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 14 de maio de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação manejada por Viação Itapemirim S/A, em face de sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de indenização por danos materiais e morais com pedido de tutela antecipada proposta em seu desfavor por Antônia Flaviana de Sousa, julgou parcialmente procedente o pedido.

Alega a Demandante, ora apelada, que manteve união estável por aproximadamente 5 (cinco) anos com Sérgio Ricardo Araújo Passos, a qual foi judicialmente reconhecida (f. 81-83), com ele tendo tido uma filha de nome Sarah Lenir de Sousa Passos.

Afirma, demais disso, que a citada união estável perdurou até o óbito de Sérgio, ocorrido em 21.02.1994, vítima de acidente de trânsito que envolveu ônibus da Demandada, ora apelante, quando trafegava na condição de passageiro.

Postulou a Autora a antecipação dos efeitos da tutela, fixando-se pensão provisória mensal no importe de R$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

No mais, argumentando depender economicamente do seu falecido companheiro, requereu a Promovente, a título de indenização por danos materiais, o valor de R$ 1.870.258,14 (hum milhão, oitocentos e setenta mil, duzentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos) e, a título de indenização por danos morais, o mesmo montante de R$ 1.870.258,14 (hum milhão, oitocentos e setenta mil, duzentos e cinquenta e oito reais e quatorze centavos), além de honorários advocatícios no patamar de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

A Magistrada singular deferiu o pleito antecipatório, determinando que a Promovida pagasse à Demandante, mensalmente, o valor de 2 (dois) salários mínimos (f. 177-178).

Em sentença de f. 352-358, a Juíza *a quo*, confirmando a decisão que antecipou os efeitos da tutela, condenou a Demandada ao pagamento de pensão mensal no valor de R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) até o mês de fevereiro de 2045, data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco anos) de idade e enquanto a Autora não contrair núpcias ou passar a viver em regime de união estável, além de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), a título de indenização por danos morais, a serem pagos em parcela única, corrigidos a partir da ocorrência do sinistro, tendo sido os honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Em seu apelo (f. 361-390), a Viação Itapemirim S/A aduz, em sinopse, que:

a) o laudo pericial concluiu que, inesperadamente, apareceu, no meio da

pista, animal ou carroça, o que exclui a sua responsabilidade, haja vista a ocorrência de caso fortuito consubstanciado em fato de terceiro;

b) não foi praticada qualquer conduta ilícita, inexistindo nexo de causalidade entre a atitude do condutor do ônibus de propriedade da Apelante e o dano causado;

c) inexistiu comprovação de que a vítima era estudante universitário da Universidade Federal do Estado do Ceará, não tendo sido demonstrado, ademais, que o falecido havia passado em todas as fases do concurso para o Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia;

d) não foi corretamente calculada a pensão por morte;

e) foi excessivo o valor fixado a título de danos morais, devendo a correção monetária ter início a partir do arbitramento e não a partir do evento danoso;

f) a estipulação dos honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação não foi adequada, eis que não houve qualquer excepcionalidade no trabalho jurídico desenvolvido pelo patrono da Apelada.

Pugna a Recorrente, enfim, pela total improcedência do pleito autoral ou pela redução dos valores fixados, observando-se, para a correção monetária, o momento da prolação da sentença e não a data do sinistro.

Contrarrazões às f. 414-424.

Os autos foram a mim distribuídos, por prevenção, em 06.02.2009 (f. 434).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento.

A controvérsia gira em torno da responsabilidade da Empresa apelante relativamente à condução dos seus passageiros.

É o chamado contrato de transporte de pessoas.

Nesse caso, a empresa prestadora do serviço responderá pelos danos causados aos passageiros durante o trajeto contratado, salvo motivo de força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, não importando que tenha havido culpa de terceiro, contra o qual poderá ser proposta ação regressiva.

A respeito, dispõem os arts. 734 e 735 do Código Civil, *in verbis*:

> Art. 734. O transportador responde pelos danos causados às pessoas transportadas e suas bagagens, salvo motivo de força maior, sendo nula qualquer cláusula excludente da responsabilidade.
> Parágrafo único. É lícito ao transportador exigir a declaração do valor da bagagem a fim de fixar o limite da indenização.
>
> Art. 735. A responsabilidade contratual do transportador por acidente com o passageiro não é elidida por culpa de terceiro, contra o qual tem ação regressiva.

Maria Helena Diniz, examinando o art. 734 do CC, leciona que:

> "Contrato de transporte de pessoas. É aquele em que o transportador se obriga a remover uma pessoa e sua bagagem de um local a outro, mediante remuneração.
> Responsabilidade do transportador. O transportador responde objetivamente (RSTJ, 150:262) pelos danos sofridos pelos viajantes e sua bagagens, oriundos de desastres não provocados por força maior (CC, art. 393, parágrafo único; ADCOAS, 1981, n. 80.420; RT, 784:337), pagando uma indenização, por dano moral ou patrimonial, variável conforme a natureza ou extensão dos prejuízos, abrangendo tanto danos emergentes (p. ex., despesa médico-hospitalar, gasto com estada, alimentação etc.) como lucros cessantes (p. ex., perda de negócio que não pôde dar-se por atraso no transporte).
> Nulidade de cláusula excludente da responsabilidade. O dever do transportador de responder pela incolumidade do viajante e de conduzi-lo são e salvo a seu destino não poderá ser afastado por estipulação que exonere o transportador de sua responsabilidade, que é objetiva, por ter assumido obrigação de resultado, ou seja, de conduzir o passageiro são e salvo ao local do destino (RT, 728:262). Daí considerar-se nula qualquer cláusula excludente de responsabilidade (RTJ, 125:307; Súmula 161 do STF)". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 523)

Afirma a Apelante que deve ser excluída a sua responsabilidade, em razão de caso fortuito (fato de terceiro), porquanto o laudo pericial teria concluído que o acidente ocorreu em razão do inesperado surgimento de animal ou de carroça no meio da pista.

Esse argumento não merece ser acolhido.

O laudo pericial, diferentemente do que é alegado pela Recorrente, não deixa claro que o acidente ocorreu em razão de caso fortuito, tendo em vista o aparecimento de animal ou de carroça, conforme se verifica por meio do trecho a seguir transcrito:

> "No item do local, foi citado (sic) a existência de uma vereda que termina/ começa perpendicularmente à Rodovia, de onde podem vir animais e/ ou veículos de propulsão animal, pois há vestígios de pneumáticos e de rastros e esterco de animais. Observando o posicionamento dessa vereda em relação à rodovia, no ponto da curva onde o veículo ônibus derivou para a esquerda e posteriormente submergiu na lagoa (ver fotografia), contata-se que essa trajetória é compatível com um desvio direcional naquele ponto, tendo como causa provável, um elemento motivador que foge ao domínio técnico-pericial, que surpreendeu o guiador" (f. 130).

Em conclusão, o referido laudo técnico diz que:

> "Ante o visto e examinado, os peritos estão acordes em concluir que a

> causa máter do acidente em estudo deveu-se ao desvio direcional por parte do condutor do ônibus, cujo elemento motivador desse desvio foge ao domínio técnico-pericial, obrigando-o a realizar uma manobra evasiva para a esquerda e causando o seu desgoverno, nas circunstâncias retrodescritas e sendo tudo mais decorrencial" (f. 131).

Desse modo, percebe-se que o laudo não afirmou categoricamente que o acidente ocorreu em virtude do aparecimento repentino de animal, de carroAdemais, o art. 735 do Código Civil deixa claro que a culpa de terceiro não exclui a responsabilidade contratual do transportador.

Maria Helena Diniz, analisando o art. 735 do CC, ensina que:

> "Culpa de terceiro não é excludente de responsabilidade. A responsabilidade contratual do transportador pelo acidente sofrido, p. ex., pelo passageiro não é ilidida por culpa de terceiro, cujo carro veio, por imperícia sua, colidir com o ônibus que conduzia, mas contra o qual tem ação regressiva (Súmula 187 do STF e CC, art. 735) para reaver o que se desembolsou (RT, 774:276, 799:246, 806:209, 810:264)". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 523)

Não há que se falar, portanto, em exclusão da responsabilidade da Empresa recorrente.

Igualmente, não prospera a alegação de que não foi praticada qualquer conduta ilícita, inexistindo nexo de causalidade entre a atitude do condutor do ônibus de propriedade da Apelante e o dano causado.

Conforme foi dito, a responsabilidade da Apelante, por força do contrato de transporte, é objetiva, somente deixando de existir em havendo força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima.

Nesse diapasão, os seguintes julgados:

> CIVIL RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRANSITO. EMPRESA TRANSPORTADORA, PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CABIMENTO. DANOS ESTÉTICOS. INOCORRÊNCIA. *QUANTUM*. REDUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. ART. 20 E 21 DO CPC. […] 3. Cuida-se, na hipótese, de passageiro de ônibus, havendo portanto responsabilidade objetiva e contratual da empresa de transportes. […] (STJ, REsp 726.939/RJ, Rel. Min. Jorge Scartezzini, 4ª Turma, DJ 01.07.2005)

> APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COLISÃO DE VEÍCULOS. EMPRESA PERMISSIONÁRIA DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA NÃO COMPROVADA. DANO MORAL PARCIALMENTE DEMONSTRADO. DANO MATERIAL (MEDICAMENTOS) DEMONSTRADO. SENTENÇA REFORMADA I

> - Sendo a responsabilidade da empresa promovida objetiva, a obrigação de indenizar existe independentemente da existência de culpa pelo evento danoso. Entretanto, tal responsabilidade restaria elidida se comprovada a culpa exclusiva da vítima, ônus da parte ré. II - A prova colhida nos autos não tem o condão de demonstrar a culpa exclusiva da vítima, posto que não demonstra o necessário cuidado da empresa promovida em evitar acidentes como o narrado nos autos. III - O passageiro, destinatário final dos serviços de transportes prestados pelas empresas de ônibus, tem o direito de ser conduzido incólume ao seu destino, conforme previsto no art. 734 do CCB. […] (TJCE, Apelação Cível 16753-54.2004.8.06.0000/0, Rel. Des. Lincoln Tavares Dantas, 4ª Câmara Cível, julgamento em 10.03.2010)

No caso, tendo o passageiro falecido em razão de acidente ocorrido durante a sua viagem, e não tendo ocorrido qualquer das 3 (três) hipóteses antes citadas, que dariam ensejo à exclusão da responsabilidade da Apelante, não se pode afastar a culpa da empresa de transporte.

Também não merece guarida a alegação de que não foram comprovadas a condição de universitário do falecido companheiro da Apelada, bem como de que ele havia sido aprovado em todas as fases do concurso para o Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Estado da Bahia.

Com efeito, constam dos autos declaração da Universidade Federal do Ceará, informando que a vítima do acidente era aluno do Curso de Física daquela Instituição de Ensino (f. 58) e ofício do Comando Geral da Polícia Militar do Estado da Bahia atestando que Sérgio Ricardo Araújo Passos foi aprovado para o Curso de Formação de Oficiais, tendo, em razão do seu falecimento, faltado à 2ª etapa do certame (exame médico), o que causou a sua eliminação.

A Juíza *a quo*, considerando tabela de vencimentos da Polícia Militar da Bahia (f. 50), determinou que a Apelante efetuasse, até o dia 21 de fevereiro de 2045, data em que o falecido completaria 65 (sessenta e cinco) anos, e enquanto a Recorrida não casar ou passar a viver em união estável, o pagamento de pensão correspondente a R$ 1.500,00 (hum mil e quinhentos reais) mensais à Apelada, levando em consideração que a vítima, muito provavelmente, chegaria até o posto de coronel da referida Corporação.

Agiu com acerto a Magistrada singular, na medida em que o valor estipulado mostra-se razoável, sobretudo porque está situado, por assim dizer, no ponto médio do aludido quadro salarial, sendo, portanto, com ele compatível, devendo ser salientado, ainda, que a Apelada dependia economicamente do seu falecido companheiro.

Demais disso, a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, fixada como termo final para o pagamento da pensão, ajusta-se à expectativa de vida que vem sendo de ordinário aceita, conforme se verifica por meio do seguinte aresto do STJ:

> AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PENSIONAMENTO. […] I – Danos

> materiais devidos, na esteira de precedentes jurisprudenciais, em 2/3 do salário mínimo a partir da data em que o menor teria idade para o trabalho (14 anos) até a data em que ele completaria 25 anos, reduzida para 1/3 a partir de então, até os 65 anos. […] (STJ, AgRg no REsp 734.987/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.10.2009)

Analisando a questão do dano moral, não é difícil imaginar a dor que sentiu a companheira do *de cujus*.

A indenização a título de danos morais, entretanto, não tem por escopo apagar o abalo sofrido, mas objetiva, em verdade, suavizar o sofrimento experimentado.

Por outro lado, a efetividade do dano, em seu aspecto moral, é demonstrável pela simples prova da ocorrência do fato lesivo que trouxe desequilíbrio emocional, uma vez ser impossível se provar a intensidade da dor e da aflição, sentimentos intrínsecos à alma humana.

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o valor da indenização arbitrada a título de danos morais.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva". (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir". (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Em suma, o valor da indenização por danos morais tem que ser estipulado com razoabilidade, observadas as características do caso concreto, entendendo o

Superior Tribunal de Justiça que o *quantum* deve ser condizente com a gravidade da situação, conforme atesta a seguinte ementa:

> AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CIVIL. MORTE DE FILHO MENOR. CHOQUE ELÉTRICO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. […] II – Dano moral devido como compensação pela dor da perda de filho menor de idade, no equivalente a 500 (quinhentos) salários mínimos, condizente com a gravidade do dano. Precedentes. […] (STJ, AgRg no REsp 734.987/CE, 3ª Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, DJe 29.10.2009)

Nessa perspectiva, entendo que a Juíza singular bem decidiu a questão, fixando a indenização por danos morais em R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), tendo em vista que esse montante deve ter por base o sofrimento experimentado pela Apelada e a capacidade econômica da Apelante, a qual, segundo consta dos autos (f. 120), tem capital social de R$ 33.450.000,00 (trinta e três milhões, quatrocentos e cinquenta mil reais), de tal sorte que a quantia foi fixada dentro de parâmetros razoáveis, observado o seu caráter compensatório e penal, devendo, portanto, ser mantida.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do valor atinente a danos morais, entendo que tem razão a Recorrente, devendo, nesse aspecto, ser reformada a sentença fustigada, eis que a Súmula 362 do STJ estabelece que "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária ocorrer, portanto, a partir da prolação da sentença impugnada.

Por fim, no que se refere aos honorários advocatícios, entendo que foram eles fixados com fundamento nos critérios impostos pela lei processual vigente (art. 20, § 3º e § 4º, do CPC), razão pela qual nenhuma correção há que ser feita.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para fixar o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, nos moldes da Súmula 362 do STJ, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 14 de maio de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2687-74.2001.8.06.0000/0
COMARCA: FORTALEZA – 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARVA DE FORTALEZA.
APELANTE: MERCANTIL CAUCAIA LTDA.
APELADA: FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVANTE DE RECOLHIMENTO. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO. INDISPENSABILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 283, 333 E 396 DO CPC. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. RECURSO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS. IMPROVIDO O APELO E PROVIDO EM PARTE O REEXAME.

I – A petição inicial deverá ser instruída com os documentos indispensáveis para sua propositura, conforme determinado nos artigos 283 e 393, ambos do CPC.

II – Para ensejar repetição do indébito, indispensável a comprovação do pagamento indevido. Ônus da prova cabe ao autor quando se tratar de fato constitutivo de seu direito, de acordo com disposto no inciso I, do art. 333 do CPC.

III – *In casu*, o recolhimento do Adicional do Imposto de Renda não restou devidamente comprovado pelo autor/apelante.

IV – RECURSO APELATÓRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS. IMPROVIDO O APELO E PROVIDO EM PARTE O REEXAME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, para conhecer do recurso apelatório e do reexame necessário, NEGANDO provimento ao apelo e DANDO PARCIAL provimento ao reexame necessário, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Trata-se de Recurso Apelatório e Reexame Necessário em face de sentença proferida pelo juízo monocrático da 1ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, fls. 97/100, nos autos da Ação Declaratória cumulada com Repetição de Indébito proposta por MERCANTIL CAUCAIA LTDA contra a FAZENDA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ.

Culmina o *decisum* em julgar parcialmente procedente o pedido autoral, pois reconheceu a inexistência de relação jurídica que lhe impunha o pagamento do

Adicional do Imposto de Renda instituído pela Lei Estadual 11.525/88 em decorrência desta ter sido considerada inconstitucional pelo STF. A mesma decisão indeferiu o pedido de repetição do indébito formulado na exordial face à inexistência de prova do recolhimento de qualquer parcela do referido tributo.

Embargos declaratórios aviados pelo autor (fls. 103/105), que restaram improcedentes (fl. 106).

Inconformado, o autor interpôs o presente recurso, fls. 108/111, alegando que não trouxe aos autos a documentação que comprova o recolhimento do supracitado AIRE por entender ser a fase de liquidação de sentença o momento adequado para tal feito. No mais, requereu a reforma da sentença no que concerne à repetição do indébito.

Contrarrazões, fls. 116/119, aduzindo não merecer reparo a sentença, haja vista o autor/apelante não ter atendido a determinação do art. 283 do CPC, qual seja instruir a inicial com os documentos indispensáveis. Empós, colaciona várias jurisprudências em harmonia com suas alegações. Ao final, pugna pelo improvimento do recurso, com a manutenção da decisão monocrática.

Registra-se o impedimento do eminente Des. Washington Luís Bezerra, por haver prolatado a sentença recorrida, em consonância com a determinação do art. 134, inciso III, do CPC.

É o que de importante tenho a relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Conheço do recurso apelatório, uma vez que presentes todos os pressupostos de admissibilidade.

MÉRITO

O cerne da questão, *sub examine*, decorre da necessidade da juntada de documentos indispensáveis à propositura da ação. No caso, repetição do indébito de recolhimentos do Adicional do Imposto de Renda, tido por inconstitucional, imprescindível a comprovação de tais recolhimentos ao azo da petição inicial, a ensejar deferimento do pedido.

O apelante, não tendo juntado nenhum destes comprovantes, suscita a tese de que o momento adequado para esta comprovação seria na fase de liquidação de sentença. Tal pretensão é inadmissível.

Tanto a legislação brasileira como o entendimento jurisprudencial são claros e consolidados no sentido de que o momento adequado para a comprovação das alegações trazidas na exordial é a fase de conhecimento.

Os artigos 283 e 396, ambos do CPC, elidem qualquer discussão sobre a temática abordada neste apelo, se não vejamos, *in verbis*:

> **Art.283. A petição inicial será instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação.**
>
> **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.**

Ademais, conforme determina a redação do art. 333, inciso I do CPC, o ônus da prova cabe ao autor quando se tratar de fato constitutivo de seu direito. O autor/apelante não conseguiu comprovar o já referido recolhimento.

Sobre a matéria pertinente ao caso em tela, seguem os arestos do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. **REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COMPROVANTES DE PAGAMENTO. JUNTADA. DOCUMENTOS ESSENCIAIS À PROPOSITURA DA AÇÃO.**
> 1. O aresto recorrido, em nenhum momento, considerou protelatório o agravo interno manejado pela municipalidade nem aplicou a multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil - CPC, o que leva ao não conhecimento do recurso no particular.
> 2. A ação de repetição de indébito das parcelas pagas a título de taxa de iluminação pública deve ser instruída com os comprovantes de pagamento da respectiva exação, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, por inépcia da inicial. Precedentes.
> 3. Nos termos dos arts. 283, 284 e 396, todos do CPC, cabe ao autor comprovar, por meio de documentos, no ato da propositura da ação de repetição de indébito, o fato constitutivo de seu direito, ou seja, o recolhimento indevido.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e provido. (REsp 920.839/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJ 17/05/2007, p. 232)

> CONSTITUCIONAL. Processual civil. AGRAVO INTERNO. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DIFUSO. MATÉRIA OBJETO DA SÚMULA 670 DO STF. Repetição de indébito. **RESTITUIÇÃO. PROVA DO FATO CONSTITUTIVO. INDISPENSABILIDADE.** Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Consolidado o entendimento do Supremo Tribunal Federal conforme o enunciado da súmula 670, de que o serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa. **Na ação de repetição de indébito de valores recolhidos, revela-se manifestamente obrigatório a prova do fato constitutivo do direito, qual seja, o do recolhimento dos valores indevidos a serem restituídos. Precedentes do STJ.** (Agravo Regimental 48454.2000.8.06.0169/2, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS , 4ª Câmara Cível, julgado em 01/07/2009)

Seria absolutamente desarrazoado que, no juízo *a quo,* fosse deferido o pleito autoral de repetição do indébito baseado em meras alegações, conforme se configura no caso *sub examine,* tendo em vista o apelante não ter trazidos aos autos, sequer alguns dos comprovantes de recolhimento do AIRE.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório e do Reexame Necessário, NEGANDO provimento ao apelo e DANDO provimento, em parte, à remessa, para excluir a condenação em custas do Estado do Ceará (Lei Estadual nº 12.381/94) e estabelecer a sucumbência recíproca igualitária, por serem recorrente e recorrido vencidos e vencedores.

É como voto.

Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL N. 33901-15.2003.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
APELANTE: NEUSA GOMES DE LIMA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. PENSÃO POR MORTE. VIÚVA DE EX-POLICIAL MILITAR. NOS TERMOS DA SÚMULA 23 DO TJCE, A PENSÃO POR MORTE DEVE CORRESPONDER À TOTALIDADE DO QUE O FALECIDO RECEBERIA, SE EM ATIVIDADE ESTIVESSE. RECURSO PROVIDO.

1. O ato omissivo da Administração Pública renova-se a cada mês em que o pagamento da pensão por morte é realizado em valor inferior ao devido, o mesmo ocorrendo com o prazo decadencial para a impetração do *writ*, sendo aplicável à espécie a Súmula 25 do TJCE. Demais disso, como se trata de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do fundo de direito, aplicando-se à hipótese a Súmula 85 do STJ. Rejeitadas as preliminares de decadência do *mandamus* e de prescrição do fundo de direito.

2. Os proventos do servidor público, bem como a pensão percebida por seus dependentes em razão de sua morte, devem corresponder à integralidade do que aquele perceberia, se estivesse em efetivo exercício.

3. Após reiteradas decisões desta Corte no mesmo sentido, foi editada a Súmula 23 do TJCE, cujo enunciado é o seguinte: "Os proventos do inativo e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral".

4. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 30 de julho de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por Neusa Gomes de Lima, objetivando a reforma da sentença proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza,

que, nos autos de mandado de segurança por ela impetrado, denegou a ordem.

Na inicial do *writ of mandamus* (f. 02-10), a Impetrante, ora recorrente, alega, em resumo, que é viúva e beneficiária de pensão por morte instituída pelo ex-policial militar do Estado do Ceará Valdemar Chagas de Lima, o qual, se vivo fosse e em atividade estivesse, estaria recebendo o valor de R$ 453,75 (quatrocentos e cinquenta e três reais e setenta e cinco centavos), mas o benefício que percebe é da ordem de R$ 182,98 (cento e oitenta e dois reais e noventa e oito centavos), requerendo, ao final, que, com a concessão da segurança, passasse a receber o que o seu finado marido estaria auferindo, se na ativa estivesse.

Em seu recurso apelatório (f. 58-69), Neusa Gomes de Lima aduz, em síntese, que deve ser reformada a sentença, porquanto, nos termos da Constituição Federal e em conformidade com o entendimento do STF, a pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos do servidor falecido, acaso estivesse em efetivo exercício.

Em suas contrarrazões (f. 98-110), o Estado do Ceará aduz, em primeira preliminar, que o mandado de segurança foi atingido pela decadência, vez que decorreu prazo superior a 120 (cento e vinte) dias entre a ciência do ato impugnado e a impetração do remédio heroico e, em segunda preliminar, que houve a prescrição do fundo de direito, porquanto a Apelante impetrou o mandado de segurança após mais de 5 (cinco) anos da edição do ato administrativo concessivo da pensão, tendo ocorrido, portanto, o esgotamento do prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32.

Meritoriamente, argumenta o Apelado, em sinopse, que algumas vantagens são destinadas exclusivamente ao servidor em atividade, razão pela qual não podem ser incorporadas, em definitivo, aos seus vencimentos, de modo que a pensão por morte deve ser composta unicamente das verbas de caráter genérico, percebidas indistintamente por ativos e inativos, não fazendo parte do pensionamento os valores devidos somente ao militar da ativa, motivo pelo qual deve ser inteiramente mantida a sentença impugnada.

Em parecer de f. 79-85, ratificado à f. 124, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pela reforma da sentença atacada, concedendo-se a segurança pleiteada.

Inicialmente distribuídos à Desa. Edite Bringel Olinda Alencar em 25.03.2004 (f. 77), os autos passaram pela relatoria do Des. Washington Luis Bezerra de Araújo, que declarou o seu impedimento, e foram a mim redistribuídos em 26.08.2011 (f. 119), por encaminhamento.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar as preliminares de decadência do direito à impetração do mandado de segurança e de prescrição do fundo de direito, arguidas pelo Estado do Ceará.

Em primeira preliminar, sustenta o Recorrido que o ato de concessão da pensão por morte se deu em 04.08.1989, conforme documento acostado à f. 14, sendo

que a Apelante "somente movimentou a máquina judiciária em maio de 1999, ou seja, cerca de 10 (dez) anos depois, no intuito de elevar o valor da pensão, recebendo as diferenças" (f. 100), de modo que o mandado de segurança foi atingido pela decadência.

Razão não assiste ao Apelado.

Entendo que a Recorrente pretende atacar conduta administrativa contínua, consistente no não pagamento de pensão em valor integral, baseada na remuneração do instituidor do benefício, se em atividade estivesse, cuidando-se, pois, de relação jurídica de trato sucessivo.

Ressalto que, relativamente à matéria em tablado, é pacífica a jurisprudência desta Corte, sendo aplicável à espécie a Súmula 25 do TJCE, ***ipsis litteris***: "Nas prestações de trato sucessivo, em que a ilegalidade suscitada no mandado de segurança renova-se periodicamente, descabe cogitar de decadência da impetração".

Dessa forma, o ato omissivo da Administração Pública renova-se a cada mês em que o pagamento da pensão por morte é realizado em valor inferior ao devido, o mesmo ocorrendo com o prazo decadencial para a impetração do ***writ***.

Nesse diapasão, os seguintes julgados do STJ:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. MANDADO DE SEGURANÇA. REAJUSTE DE PROVENTOS. PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. […] 2. Nos casos de impetração de mandado de segurança visando ao recebimento de adicionais e gratificações incidentes sobre os proventos de servidor público inativo, por ser típica relação jurídica de trato sucessivo, não há que se falar em decadência do direito. Precedentes. […] (STJ, AgRg no AREsp 78023/MS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Turma, DJe 30.03.2012)

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. REVISÃO DE PROVENTOS DE APOSENTADOS. VANTAGEM PECUNIÁRIA. OBRIGAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO, QUE SE RENOVA A CADA NÃO-PAGAMENTO MENSAL PELA ADMINISTRAÇÃO. DECADÊNCIA AFASTADA. DECISÃO MONOCRÁTICA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Esta Corte entende que, em se tratando de ato omissivo da Administração, consistente no não-pagamento de vantagem ou benefício a servidores públicos estaduais, o prazo decadencial para impetrar o mandado de segurança se renova mês a mês (continuamente), por envolver obrigação de trato sucessivo. […] (STJ, AgRg no Ag 1.377.193/TO, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 30.03.2011)

Destarte, não deve ser acolhida a prejudicial de decadência do ***mandamus***.

Em segunda preliminar, argumenta o Estado do Ceará que ocorreu a prescrição do fundo de direito, visto que não foi observado pela Apelante o prazo quinquenal previsto no art. 1º do Decreto 20.910/32.

Razão não assiste ao Recorrido.

Como se trata de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do fundo de direito, aplicando-se à hipótese a Súmula 85 do STJ, ***in verbis***: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação".

A propósito do assunto, destaco o seguinte aresto do STJ:

> ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. LEI ESTADUAL 10.395/95. PARCELA AUTÔNOMA DO MAGISTÉRIO. PRESCRIÇÃO DO CHAMADO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. SÚMULA 85/STJ. 1. Sabe-se que, nas demandas objetivando reposição de parcela remuneratória ilegalmente suprimida, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo, que se renova mensalmente, não ocorre a prescrição do chamado fundo de direito. Incidente a Súmula 85/STJ. 2. A Súmula 85 do STJ enuncia que, nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. […] (STJ, AgRg no REsp 1272347/RS, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJe 03.04.2012)

Assim sendo, não merece guarida a prejudicial de prescrição do fundo de direito.

Desse modo, rejeitando ambas as preliminares, passo ao exame do mérito.

Meritoriamente, a sentença deve ser reformada.

A Recorrente postula o recebimento de pensão equivalente ao que o seu falecido marido, ex-policial militar do Estado do Ceará, receberia, se em atividade estivesse, fundamentando o seu pedido, no âmbito da peça exordial, no art. 40, § 5º, da Carta Política, em sua redação original, e, em sede de apelação, no art. 40, § 7º, da Carta Magna, incluído pela EC 20/1998 e antes da EC 41/2003.

Eis o teor dos referidos dispositivos, ***ipsis litteris***:

> § 5º – O benefício da pensão por morte corresponderá à totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, até o limite estabelecido em lei, observado o disposto no parágrafo anterior.
>
> § 7º – Lei disporá sobre a concessão do benefício da pensão por morte, que será igual ao valor dos proventos do servidor falecido ou ao valor dos proventos a que teria direito o servidor em atividade na data de seu falecimento, observado o disposto no § 3º.

Desse modo, dada a clareza dos comandos constitucionais, não prospera o argumento do Apelado de que algumas parcelas remuneratórias somente devem ser

pagas aos militares que estão em atividade, visto que as chamadas gratificações de serviço não podem ser excluídas do pensionamento, vez que o benefício deve corresponder à totalidade do que o falecido perceberia, se na ativa estivesse.

Com efeito, é firme a jurisprudência do STF no sentido de que "são extensíveis aos servidores inativos e aos pensionistas as vantagens instituídas pela Lei n. 11.167/86 do Estado do Ceará e concedidas aos policiais militares ativos de forma geral, independentemente do atendimento de qualquer requisito que não seja o mero exercício da função policial", devendo ser salientado que "o fato de a denominação de algumas parcelas remuneratórias sugerirem a ideia de que constituem benefícios *propter laborem* não ilide o seu caráter geral, eis que concedidas indistintamente aos policiais militares da ativa" (STF, Ag. Reg. no RE 392.579/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, DJ 24.06.2005).

Para ilustrar, colaciono os seguintes julgados do STF:

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO CEARÁ. PENSÃO POR MORTE. VANTAGENS DE NATUREZA GERAL: EXTENSÃO AOS INATIVOS. I. - O pensionista faz jus à totalidade dos vencimentos que receberia o servidor falecido se na ativa estivesse. II. - As vantagens de natureza geral, concedidas em razão do cargo, incorporam-se aos proventos dos inativos. III. - Agravo não provido. (STF, Ag. Reg. no RE 409.672/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 25.06.2004)
>
> Servidor público do Estado do Ceará. Gratificações de serviço denominadas diárias operacionais e abono policial militar: extensão aos servidores inativos, com base no art. 40, § 8º (red. da EC 20/98) da Constituição Federal, dado o seu caráter geral (v.g. AI 265373 AgR, Marco Aurélio, DJ 02.02.01; RE 385.041, Carlos Velloso, DJ 17.06.03; AI 332.894, Nelson Jobim, DJ 29.08.01) (STF, Ag. Reg. no RE 410.288/CE, 1ª Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 27.02.2004)
>
> PENSÃO - VALOR. A pensão devida aos dependentes do servidor falecido há de refletir o que este perceba em atividade. Defeso é excluir, ao argumento de que se trata de vantagem própria à atividade, esta ou aquela parcela, como é o caso das diárias operacionais, da gratificação de risco de vida e da indenização pela função policial militar a que o Estado do Ceará obrigou-se a satisfazer. (STF, Ag. Reg. no Agravo de Instrumento 265.373/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 02.02.2001)

Não é outro o entendimento deste Tribunal, senão vejamos:

> AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA. APELAÇÃO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PENSÃO POR MORTE. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 23 DO TJ/CE. 1 - Os proventos do servidor público militar devem corresponder à totalidade do que este perceberia se vivo fosse. 2 - Inadmissível a exclusão

> de vantagens ao argumento de serem próprias da atividade. 3 - Precedentes deste Egrégio Tribunal de Justiça. 4 - É entendimento, inclusive, sumulado através do enunciado 23 deste Egrégio Tribunal. 5 - Redução observada. Inadmissibilidade. Violação ao princípio da irredutibilidade de vencimentos e proventos configurada. - Recurso de Apelação Cível conhecido e provido, para reformar a sentença de primeiro grau e assim, determinar que o Requerido pague o valor integral da pensão que a Requerente faz jus, como se vivo fosse o ex-militar, de acordo com a Súmula 23 deste Tribunal, bem como o pagamento das diferenças pretéritas, observada a prescrição quinquenal, devidamente corrigidos com os acréscimos de Lei. (TJCE, Apelação 573266-21.2000.8.06.0001/1, Rel. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, registro em 29.07.2011)

> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. POLICIAL MILITAR. PARCELAS PAGAS INDISTINTAMENTE A TODA A CATEGORIA. EXTENSÃO AOS INATIVOS. REGRA DO ENTÃO VIGENTE ART. 40, §4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. SEGURANÇA CONCEDIDA. 1. Os proventos do servidor público, bem como a pensão percebida por seus dependentes em razão de sua morte, devem corresponder à totalidade do que aquele perceberia se estivesse em efetivo exercício. 2. Inadmissível a exclusão de vantagens ao argumento de serem próprias da atividade. Enunciado da Súmula 23 deste Tribunal. 3. Segurança concedida. (TJCE, Mandado de Segurança 486627-97.2000.8.06.0001/0, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, Tribunal Pleno, registro em 14.04.2010)

Após reiteradas decisões desta Corte no mesmo sentido, foi editada a Súmula 23 do TJCE, cujo enunciado é o seguinte: "Os proventos do inativo e as pensões por morte devem corresponder à totalidade do que perceberia o militar se estivesse em atividade ou se vivo fosse, estendendo-se aos inativos e aos pensionistas quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos militares ativos, ainda que não sejam de caráter geral".

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe provimento para, reformando a sentença combatida, conceder a segurança pleiteada e determinar que o Estado do Ceará pague à Apelante, a título de pensão por morte, o valor correspondente à integralidade do valor que o seu falecido marido receberia, se em atividade estivesse, além das diferenças pretéritas, a partir do ajuizamento da ação mandamental, devidamente corrigidas.

Fortaleza, 30 de julho de 2012.

PROCESSO Nº 0435520-62.2010.8.06.0001/0
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: TELEMAR NORTE LESTE S/A – OI FIXO
APELADO: FRANCISCO ARLINDO CAMPOS DE ARAÚJO
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSUMIDOR. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL DE SERVIÇO DE TELEFONIA FIXA CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PRESTAÇÃO INADEQUADA DO SERVIÇO CONTRATADO. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA DE TELEFONIA QUE NÃO PROVIDENCIOU A TRANSFERÊNCIA DA LINHA TELEFÔNICA, A REQUERIMENTO DO CONSUMIDOR, E MANTEVE A COBRANÇA INDEVIDA DAS MENSALIDADES. INVERSÃO DO *ONUS PROBANDI* RECONHECIDA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. PRECEDENTES. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O Apelado contratou os serviços de telefonia da Apelante, doravante denominado "Plano Oi Controle Fixo", cuja linha foi instalada na cidade de Ubajara/CE.

2. O uso da linha telefônica deu-se pelo período de um a dois meses, ao cabo do qual o Apelado solicitou, em vão, a transferência da linha telefônica, pelo fato de mudança de domicílio da beneficiária da linha, sua genitora. A transferência não foi atendida, o que culminou na solicitação do seu cancelamento, e indevidas cobranças de mensalidades por parte da empresa de telefonia.

3. Na sentença guerreada o magistrado *a quo* condenou a Apelante a devolver "... os valores indevidamente cobrados e pagos relativos aos meses de abril, maio e junho." Dessarte, o magistrado reconheceu devidas as cobranças referentes ao consumo dos meses de fevereiro e março de 2010, cujas faturas se venceram em março e abril de 2010, respectivamente, e, indevidas, as cobranças relativas ao consumo dos meses de abril, maio e junho de 2010, com vencimentos, respectivamente, em maio, junho e julho de 2010, impondo, assim, a restituição, à parte Autora/Apelada, dos valores indevidamente cobrados e pagos.

4. Caracterizada a cobrança de débito inexistente, exsurge o dever de indenizar os danos morais advindos à parte recorrida, cuja quantificação ora se ajusta em observância aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

5. Recurso de Apelação conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO

CEARÁ, unanimidade de votos, em CONHECER do Recurso de Apelação, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela TELEMAR NORTE LESTE S/A – OI FIXO, em face de sentença proferida pelo juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 115/125, nos autos da Ação de Rescisão Contratual com Indenização por Danos Morais, movida em seu desfavor por FRANCISCO ARLINDO CAMPOS DE ARAÚJO.

Em resumo, a demanda em apreço originou-se da alegada má prestação do serviço de telefonia contratado pelo Apelado. Aduz o recorrido que em fevereiro de 2010 solicitou uma linha telefônica na cidade de Ubajara/CE, para uso de sua genitora. Entretanto, passados menos de dois meses, solicitou a transferência da referida linha telefônica para localidade próxima, tendo em vista a mudança de domicílio de sua genitora para a localidade de Nova Veneza, naquele município. Diz que tal solicitação foi realizada em 11/03/2010, registrada sob o número de protocolo 8850313882.

Decorridos mais de dois meses da solicitação de transferência, a reiterou, dada a inércia da empresa de telefonia Apelante. Desta vez, a solicitação foi feita no dia 25/05/2010, tendo sido registrada sob o número de protocolo 88703122692. No dia 19/06/2010, frustradas as tentativas de transferência da linha em comento, o Apelado resolveu cancelá-la. Eis que o cancelamento gerou o número de protocolo 88703740659. Ressente-se, então, pela má prestação do serviço por parte da Apelante, acompanhada de sucessivas cobranças reputadas indevidas pelo Apelado.

Sucede que, na sentença recorrida, o juiz *a quo* julgou procedente o pedido autoral, para o fim de declarar *"... a rescisão do contrato e condenar a promovida ao pagamento de indenização por danos morais, ora fixados em R$ 10.000,00 (dez mil reais), igualmente atualizado com juros moratórios de 1% (um por cento) desde a citação e correção monetária a partir desta data, bem como a devolução dos valores indevidamente cobrados e pagos relativos aos meses de abril, maio e junho de 2010."* Condenou a Promovida/Apelante, ainda, em custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

Inconformada, a Apelante insurge-se contra a decisão recorrida, asseverando, em suas razões recursais, fls. 129/153: a) a boa prestação dos serviços contratados; b) a legalidade das cobranças realizadas, em razão da inadimplência verificada por parte da Apelada; c) o fato de que a solicitação de transferência da linha telefônica somente se deu no dia 28/04/2010; e, d) a impossibilidade técnica de instalação da linha telefônica no endereço requerido. Considera exorbitante o valor atribuído a título de danos morais. Colaciona jurisprudência em abono à sua pretensão, postulando ao final, a improcedência da ação ou, alternativamente, a redução do *quantum* indenizatório.

Contrarrazões, buscando a manutenção da sentença consta às fls.158/170.
É o relatório.
REVISTOS E Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos ao conhecimento do recurso, eis que próprio e tempestivo.

O caso dos autos cinge-se ao reconhecimento, ou não, da má prestação de serviços pela empresa Apelante, contratada pelo Apelado para o fornecimento de serviços telefônicos, e, caso reconhecida, se é o caso de se impor condenação por danos morais em justa quantificação.

Conforme se extrai deste caderno processual, o Apelado contratou os serviços de telefonia da Apelante, doravante denominado "Plano Oi Controle Fixo", cuja linha foi instalada na cidade de Ubajara/CE. Este fato é confirmado pela empresa de telefonia Apelante, e comprovado pelos documentos de fls. 18 e 20, dele não havendo controvérsias.

O referido plano de telefonia geraria uma contraprestação ao Apelado, que deveria pagar uma fatura mensal no valor de R$ 25,90, consoante afirma sem contestação do Apelante (fls. 03/11; 51/73).

Pois bem. Pela exposição fática do Apelado, o uso da linha telefônica deu-se pelo período de um a dois meses. Isso porque, conforme assevera, as solicitações de transferência da linha telefônica, após aquele curto período de uso, não foram atendidas, o que culminou na solicitação de seu cancelamento. Portanto, nesse entretempo, ou seja, entre as solicitações de transferência e o efetivo cancelamento da linha telefônica, seriam indevidas as cobranças das respectivas faturas, uma vez que a Apelante não transferiu a linha ou, sequer, informou ao Apelado eventual impossibilidade técnica de instalação, que, diga-se de passagem, não foi comprovada pela Apelante, como adiante se verá.

Tais afirmações correspondem às provas documentais trazidas aos autos pelas partes. O primeiro contato do Apelado solicitando a transferência da linha deu-se em 11/03/2010 (fl. 22), gerando o protocolo número 8850313882, sendo novamente reiterado em 25/05/2010, sob o protocolo número 88703122692. E, finalmente, a solicitação do cancelamento deu-se no dia 19/06/2010 (fl. 56).

Em verdade, a empresa de telefonia Apelante, além de não ter envidado esforços para o fiel cumprimento de seu mister, cobrou as faturas subsequentes ao efetivo uso da linha telefônica, relativamente aos meses com vencimentos em maio, junho e julho de 2010, mesmo ciente da não utilização da linha telefônica pelo Apelado (fls. 18; 20/21).

Ora, se a contratação foi firmada em fevereiro de 2010, como afirma o Apelado sem oposição do Apelante, entendo ser justa a cobrança relativa às faturas com

vencimentos em março e abril de 2010, já que o Apelado fez uso da linha telefônica durante quase dois meses. O mês de março, relativamente aos serviços prestados em fevereiro, e o mês de abril, àqueles prestados em março.

Porém, a cobrança relativa aos meses posteriores não se afigura idônea porque não houve continuidade dos serviços contratados. Caso a transferência da linha telefônica tivesse sido realizada, seria justa a cobrança das contraprestações pecuniárias subsequentes ao período acima colocado. Entretanto, dado que não ocorreu, não houve a adequada prestação do serviço esperado pelo consumidor/Apelado.

O Apelado, acreditando que seria atendida a sua pretensão, esperou, sem sucesso, por uma atitude positiva da Apelante. Muito ao contrário, a Apelante, sequer justificou a demora do atendimento, mantendo, contudo, as cobranças das mensalidades. O Apelado, então, indignado com a má prestação do serviço, inclusive no que concerne à ausência de informação adequada sobre o serviço contratado, não viu outra saída senão cancelar a linha telefônica em tela.

De acordo com a regra do artigo 20 do Código de Defesa do Consumidor, voltada ao prestador de serviços, não se perquire sobre a culpa quanto ao vício relacionado ao serviço apontado como defeituoso, *in verbis*:

> Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
> I - a reexecução dos serviços, sem custo adicional e quando cabível;
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
> III - o abatimento proporcional do preço.

E, mais especificamente ao caso concreto, prescreve que:

> Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.
>
> Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código.

Logo, **a responsabilidade oriunda da relação de consumo quanto ao fornecedor de bens e serviços é objetiva**, implicando tão somente na identificação do nexo causal entre o fato lesivo e o dano provocado.

In casu, entremostra-se cristalina a **má prestação dos serviços** pela empresa Apelante, contratada pelo recorrido, que **não zelou pelos interesses dele**. Deixou-o à

míngua de resposta frente à solicitação posta, isto é, ante o pedido de transferência da linha telefônica. Não fosse a atitude positiva do Apelado, possivelmente ainda estaria esperando pela transferência da linha, por ausência de pagamento! (Essa foi uma das respostas dadas pela Apelante, quando indagada pelo Apelado em uma das solicitações de transferência da linha, conforme diz a própria, nas razões da Apelação, às fls. 134/135).

E mais do que isso: em juízo, utilizou-se a Apelante de justificativa pífia para escusar-se de sua falha, afirmando que a transferência da linha não poderia ser realizada pela impossibilidade técnica de instalação da linha telefônica na localidade requerida. Entretanto, sabe-se que tal argumento não tem sustentação, porquanto o próprio Apelado já contratou a prestação dos serviços telefônicos da Apelante naquela localidade, consoante comprova com os documentos de fls. 171/172.

Portanto, **a Apelante deixou de oferecer a adequada prestação do serviço contratado** (art. 6º, inciso X, do CDC), ocasionando danos ao Apelado que ultrapassam a esfera patrimonial.

Por outro lado, a recorrente não trouxe aos autos elementos comprobatórios, hábeis a demonstrar as razões de sua irresignação em relação aos termos da sentença recorrida, na qual o magistrado *a quo* reconheceu a hipossuficiência do Apelado em relação ao Apelante, entendendo *"... que o ônus da prova cabia à Telemar..."* (fl. 121).

Realmente, competia à Apelante trazer aos autos documentos hábeis a infirmar a tese autoral, conforme entendimento reiteradamente manifestado nesta Corte, a saber:

> "APELAÇÃO CÍVEL. REPARAÇÃO DE DANOS. COBRANÇA ARBITRÁRIA E ILÍCITA. CONTESTAÇÃO INTEMPESTIVA. DECRETAÇÃO DA REVELIA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DA OPERADORA TELEFÔNICA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTEÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Não há que se falar em tempestividade da contestação que só foi interposta no dia 23/11/2005, após o término do prazo no dia 22/11/2005, que iniciou no dia 07/11/2005 e nem argumentar que no site do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará constava a informação de "decorrendo o prazo em 08.11.2005", até porque o sistema informatizado à época não era o meio utilizado para controlar prazos processuais. 2. É assente, no âmbito do c. Superior Tribunal de Justiça, a possibilidade de inversão do ônus da prova decorrente de relação consumerista, uma vez que restou expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor; não se configurando, portanto, hipótese de cerceamento de defesa, posto que se dá oportunidade ao fornecedor de comprovar a higidez do serviço prestado, por ser ele o detentor das informações e dos meios técnicos adequados para tal produção probatória. 3. *In casu*, cumpre ressaltar que a recorrente teve a oportunidade de produzir, nos autos, prova capaz de refutar a cobrança exorbitante e ilegal asseverada pela recorrida, mas deixou escoar o prazo e só posteriormente apresentou a contestação, acarretando a decretação da revelia em seu desfavor. 4. Tem-se

> por inconteste a responsabilidade da apelante e o cabimento da reparação de dano, além de razoável e proporcional o quantum arbitrado pelo juízo singular no episódio em comento. 5. Apelo conhecido e improvido." (Apelação Cível nº 154-46.2005.8.06.0116/1, Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, julgada em 18/10/2011).

Neste aspecto, entendo que a situação do caso concreto restou bem examinada na sentença guerreada, que condenou a Apelante a devolver "... os valores indevidamente cobrados e pagos relativos aos meses de abril, maio e junho." (fl. 125). Dessarte, o magistrado reconheceu devidas as cobranças referentes ao consumo dos meses de fevereiro e março de 2010, cujas faturas se venceram em março e abril de 2010, respectivamente, e, indevidas, as cobranças relativas ao consumo dos meses de abril, maio e junho de 2010, com vencimentos, respectivamente, em maio, junho e julho de 2010.

Tal entendimento é o albergado pela sistemática adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, quando elege a responsabilidade objetiva e, portanto, não há que se buscar pela presença da culpa, sequer dolo e, consequentemente, da má-fé.

Sobre o tema, trago à colação o entendimento de Cláudia Lima Marques:

> "No sistema do CDC, todo o engano na cobrança de consumo é, em princípio, injustificável, mesmo o baseado em cláusulas abusivas inseridas no contrato de adesão, ex vi o disposto no parágrafo único do art. 42. Cabe ao fornecedor provar que seu engano na cobrança, no caso concreto, foi justificado..." (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: RT, 3ª ed., 2010, p. 938.)

Com efeito, restando comprovada a **falha no serviço de telefonia contratado e as cobranças indevidas**, impõe-se a restituição à parte Autora/Apelada dos valores indevidamente cobrados e pagos pelo Apelado, objeto da presente demanda, de forma simples, como determinado no julgado recorrido.

De outra sorte, a partir da análise do caso concreto, não existe qualquer óbice para o reconhecimento do dever de indenizar, uma vez que o abalo suportado pelo Autor/ Apelado com a falha do serviço contratado e a cobrança indevida afeta um atributo importante dos direitos de personalidade, caracterizando dano extrapatrimonial.

Nesse contexto, entendo que os danos causados ao Apelado estão relacionados com os **direitos da personalidade**. Sobre sua caracterização, vale colacionar o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes que, adotando a expressão dano moral, assim estabelece a relação de tais danos com a **tutela da pessoa humana**:

> "Assim, no momento atual, doutrina e jurisprudência dominantes têm como adquirido que o dano moral é aquele que, independentemente de prejuízo material, fere direitos de personalíssimos, isto é, todo e qualquer atributo que individualiza cada pessoa, tal como a liberdade, a honra, a atividade profissional, a reputação, as manifestações culturais e intelectuais, entre

> outros. O dano é ainda considerado moral quando os efeitos da ação, embora não repercutam na órbita de seu patrimônio material, originam angústia, dor, sofrimento, tristeza ou humilhação à vítima, trazendo-lhe sensações e emoções negativas."(Danos à Pessoa Humana. Uma Leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2009, p. 157.)

No âmbito constitucional, não se pode olvidar que a **Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso X**, normatizou, de forma expressa, que são invioláveis a intimidade, a vida privada e a honra e a imagem das pessoas, **assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.** Trata-se de previsão inserida no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais, ou seja, os bens jurídicos ali referidos são cruciais para o desenvolvimento do Estado Democrático. Portanto, é crucial investigar o bem jurídico ofendido pela conduta lesiva para a configuração do **dano indenizável**, pois nem todo prejuízo é passível de indenização. Apenas deve-se considerar como **dano indenizável** aquele considerado como **dano injusto ou ilegítimo**, isto é:

> "...não será toda e qualquer situação de sofrimento, tristeza, transtorno ou aborrecimento que ensejará a reparação, mas apenas aquelas situações graves o suficiente para afetar a dignidade humana em seus diversos substratos materiais, já identificados, quais sejam, a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade familiar ou social, no plano extrapatrimonial em sentido estrito." (Cf. BODIN DE MORAES, Maria Celina. Danos à Pessoa Humana, p. 189.)

Na hipótese dos autos, vislumbro a presença de dano indenizável, pois a cobrança abusiva por serviço não prestado ou inadequado, sujeitando o Apelado a pagar as faturas indevidamente cobradas para evitar a inscrição de seu nome nos cadastros de inadimplentes (fls. 17/21), à evidência viola a honra subjetiva da pessoa humana, afetando negativamente sua subjetividade e intimidade.

Caracterizada a cobrança de débito inexistente, exsurge o dever de indenizar os danos morais advindos à parte recorrida. Acerca do tema, cabe a transcrição de precedentes do STJ:

> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - RECEBIMENTO DE RECURSO ADESIVO COMO PRINCIPAL - IMPOSSIBILIDADE – APRESENTAÇÃO ANTECIPADA DO APELO ADESIVO, ANTES DA INTERPOSIÇÃO DO RECURSO PRINCIPAL - INADMISSIBILIDADE – COBRANÇA PERSISTENTE DE DÍVIDA INDEVIDA, MESMO APÓS RECLAMAÇÕES POR TELEFONE E POR MEIO DO PROCON - FIXAÇÃO DO QUANTUM DA INDENIZAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM AS PECULIARIDADES DO CASO - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Qualificado expressamente um recurso como adesivo na peça de interposição, afigura-se inviável tratá-lo como se principal, pois, em tal

> hipótese, se tem erro inescusável a afastar o princípio da fungibilidade. 2. O direito processual brasileiro somente admite a interposição de recurso adesivo no prazo da apresentação de contrarrazões. Dessarte, caso o manejo de recurso adesivo seja anterior ao recurso principal, mister se torna o seu não conhecimento, por manifesta extemporaneidade. 3. Havendo a cobrança persistente de dívida indevida por longo tempo e inexistindo a negativação do nome da vítima em órgão de proteção ao crédito, as peculiaridades do caso concreto, a condição financeira das partes litigantes e o caráter pedagógico da indenização por danos morais conduzem à quantificação desta no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais). 4. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1.105.923/DF, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/8/2009, DJe de 25/8/2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE DÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA. SÚMULAS Nº 5 E 7/STJ. DANO MORAL. OCORRÊNCIA. VALOR DA REPARAÇÃO ABUSIVO. REDUÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADEQUAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PROVIDO. 1 - Não há omissões no v. acórdão recorrido, que apreciou e decidiu, com ampla fundamentação, as questões que lhe foram submetidas. 2 - Concluiu o eg. Tribunal, mediante análise do acervo probatório, pela procedência da ação anulatória de débito, considerando não haver dívida pendente entre a recorrida e a recorrente. Ultrapassar esses fundamentos demandaria o reexame do contrato e de provas, incidindo os óbices das Súmulas nº 5 e 7/STJ. 3 - Caracterizada a cobrança de débito inexistente, exsurge o dever de reparar os danos morais advindos à autora. Precedentes. 4 - No tocante ao valor da indenização por danos morais, conforme reiterada jurisprudência deste Tribunal, justifica-se a revisão nesta Corte quando fixados de forma manifestamente abusiva ou ínfima. No caso dos autos, ao estimar o valor da reparação dos danos morais no mesmo valor do veículo sorteado, incidiu a instância de origem em demasia, já que não se tem notícia da quitação do bem, estando a merecer redução o valor da reparação. 5 - Honorários advocatícios fixados em regular observância ao previsto no artigo 20, § 3º, do CPC, não estando configurada nenhuma ilegalidade. 6 - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 318.288/SE, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 09/12/2011)

No que cinge ao valor da condenação, merece acolhida a insatisfação da recorrente. Caracterizado o dano moral, há de ser fixada a indenização em valor consentâneo com a gravidade da lesão, observadas a posição familiar, cultural, política, social e econômico-financeira do ofendido e as condições econômicas e o grau de culpa do lesante, de modo que com a indenização se consiga trazer uma satisfação para o ofendido, sem configurar enriquecimento sem causa, e, ainda, uma sanção para o ofensor.

O valor da indenização, também por esses motivos, deve levar em conta o desvalor da conduta, a extensão do dano e o poder aquisitivo da Apelante. Não se pode conceber tenham lugar condutas como a da Apelante. É dentro desse mesmo contexto

que não se pode esconder a extensão do dano causado, pois agride interesses garantidos por lei ao consumidor.

Está assentado em nosso direito que em sede de danos morais o magistrado deve fixá-los através dos critérios de razoabilidade/proporcionalidade, adotando valor que não sirva de lucro à vítima e que não desvalorize o patrimônio moral do ofendido.

Assim, embora reconhecendo o abalo moral provocado ao Apelado, entendo que a condenação no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de indenização pelos danos morais, é muito elevada, razão pela qual entendo deva ser minorada para o montante correspondente a R$ 5.000,00 (cinco mil reais).

Neste sentido, colaciono alguns arestos de jurisprudência do STJ e deste Tribunal:

> Processo civil. Civil. Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito. Cobrança de fatura quitada. Quantum indenizatório. Valor excessivo. Redução. 1. 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, é possível a revisão, nesta Corte, da aludida quantificação. Precedentes. 3. Inobstante a efetiva ocorrência do dano e o dever de indenizar, há de se considerar, na fixação do quantum indenizatório, as peculiaridades do caso em questão - vale dizer, o valor da dívida (conta telefônica) que originou a indevida inscrição (R$ 134,50 - cento e trinta e quatro reais e cinquenta centavos), o grau de culpa da recorrente, a repercussão do fato danoso se limitando a um financiamento não efetivado no valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), e, sobretudo, considerando-se os parâmetros adotados nesta Corte, nos casos como este de inscrição indevida em cadastros de restrição ao crédito. 4. Consideradas, portanto, as particularidades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal *a quo*, a titulo de danos morais, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a R$ 3.000,00 (três mil reais). 5. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (RECURSO ESPECIAL N.º 705.177/ AL Rel.: Min/ Jorge Scartezzini/ 4.ª Turma STJ/DJU de 23/5/05, pág. 304).

> APELAÇÕES CÍVEIS OPOSTAS POR AMBOS OS LITIGANTES. DANO MORAL. AGRAVO RETIDO DESPROVIDO. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. MOMENTO PROPÍCIO NAS AÇÕES CONSUMERISTAS. INTEMPESTIVIDADE RECONHECIDA DE UMA DAS APELAÇÕES OFERTADAS. QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL. (...) 5. Importa destacar que a indenização por danos morais tem o condão de compensar o dano psíquico sofrido, bem como desiderato punitivo e pedagógico, impondo-se cautela na quantificação indenizatória, conforme os parâmetros pautados pelo postulado da razoabilidade, de modo a evitar situações de locupletamento indevido, em suma, o valor da indenização deve ser proporcional ao dano moral efetivamente sofrido pelo lesado. 6. Recurso de apelação ofertado pela Telemar Norte Leste S/A, não conhecido. 7. Apelação interposta por Ítalo Stefany C. Da Silva, conhecida,

mas improvida. 5. Sentença reformada *ex offício*, tão somente para reduzir o quantum indenizatório ao patamar de R$ 5.000,00. Juros de mora a partir da citação, por tratar-se de ilícito contratual, pela Taxa Selic e para correção monetária aplica-se a Súm. nº 362 do STJ, pelo INPC. (Apelação nº 144368200580600011, Relator Jucid Peixoto do Amaral, 6ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Registrado em 20/12/2011)

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. TELEFONIA FIXA. INTERRUPÇÃO IRREGULAR. DANO MORAL. CABIMENTO. *DANUM IN RE IPSA*. FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO EM MONTANTE QUE MITIGUE O SOFRIMENTO E DESESTIMULE A REITERAÇÃO DE ATOS DA ESPÉCIE. REDUÇÃO DA QUANTIA FIXADA NA SENTENÇA. MONTANTE INDENIZATÓRIO FIXADO NO JUÍZO MONOCRÁTICO EM R$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS). REDUÇÃO PARA R$ 5.000,00 (CINCO MIL REAIS). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 - Em que pese não ter contratado serviços da empresa TELELISTAS, experimentou o acionante constrangimentos, por ter o serviço de telefonia fixa interrompido irregularmente. Responsabilidade objetiva da concessionária, nos termos do art. 14, "caput" do Código de Defesa do Consumidor. 2 - A empresa concessionária, ao ser notificada da inconsistência dos valores apontados, deveria ter cessado, de imediato, a cobrança irregular, ao mesmo passo que deveria ter enviado as segundas vias das faturas em tempo hábil, evitando-se a interrupção dos serviços. 3 - Se por um lado o mero dissabor pelo não funcionamento do telefone fixo não induz, por si só, à configuração de ofensa moral, por outro, o bloqueio do aparelho associado à manutenção e cobrança de débito irregular enseja a ocorrência de danos morais suscetíveis de reparação, notadamente quando o consumidor tratou de notificar a empresa do ocorrido. Configuração do *DANUM IN RE IPSA*. 4 - Cumpre observar que, na mensuração do quantum indenizável, deve-se ater à gravidade objetiva do dano e a extensão de seu efeito lesivo, à luz dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Redução do quantum para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), valor que se presta a sancionar a concessionária pela interrupção irregular do serviço, servindo, ainda, como lenitivo aos constrangimentos experimentados pela parte adversa. 5 - Quanto aos ônus sucumbenciais, mantenho a sentença de primeiro grau, nos termo em que lançada, em atenção aos ditames da Súmula 326 do STJ. 6 - Apelação conhecida e parcialmente provida. (Apelação nº 11609200280600291, Relator Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do CE, Registrado em 08/11/2011)

Diante do exposto, CONHEÇO do presente Recurso de Apelação para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, com o fim específico de reduzir o valor da indenização, a título de danos morais, para R$ 5.000,00 (cinco mil reais), mantidas as demais cominações da sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

PROCESSO Nº 447334-26.2000.8.06.0000/0 (SPROC 2000.0015.8106-7/0)
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MARIA JANCILA JUNIOR AZEVEDO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. PREFEITO. OBRIGATORIEDADE DE REMESSA MENSAL DOS BALANCETES À CÂMARA MUNICIPAL. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ. ART. 42. OMISSÃO DO GESTOR MUNICIPAL. CONDUTA DEFINIDA NO ART. 11, INCISO VI, DA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ATO DE IMPROBIDADE. CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES LEGAIS. OBSERVÂNCIA DA PROPORCIONALIDADE. I – Competência do juízo singular e petição inicial com observância da legalidade processual. Preliminares recursais rejeitadas. II – O Prefeito que não remete os balancetes mensais do Poder Executivo à Câmara Municipal, na forma do art. 42, da Constituição do Estado do Ceará, pratica o ato de improbidade administrativa definido no art. 11, inciso VI, da Lei Federal n 8.429/92. III – A fixação da multa civil prevista no art. 12, inciso II, da Lei nº 8.429/92 no valor correspondente ao produto dos meses cujos balancetes foram remetidos extemporaneamente ao Poder Legislativo Municipal pela remuneração mensal do Prefeito, revela-se desproporcional, quando não demonstrada a ocorrência de dano ao erário. IV – Apelação Parcialmente Provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por MARIA JANCILA JUNIOR AZEVEDO, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Frecheirinha, nos autos da Ação Civil Pública por Ato de Improbidade nº 1999.126.00098-

9, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Ceará, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial.

Na petição inicial, o Ministério Público afirmou que a promovida, ao não remeter as prestações de contas mensais da Prefeitura à Câmara Municipal de Frecheirinha, referente ao período de janeiro de 1997 a dezembro de 1998, violou o dever funcional previsto no art. 42, *caput,* da Constituição do Estado do Ceará e, por conseguinte, praticou a conduta definida como ato de improbidade administrativa no art. 11, inciso VI, da Lei Federal nº 8.429/1992.

Ao contestar a ação, a demandada aduziu que, no dia 31 de maio de 1999, remetera ao Presidente do Poder Legislativo Municipal toda a documentação referente à prestação de contas do período descrito na inaugural.

Foi anunciado o julgamento antecipado da lide, em decisão que restou irrecorrida. (fls 37)

A sentença impugnada decretou a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos da apelante por três anos, além de condená-la a pagar multa no valor de vinte e oito vezes a remuneração percebida como Prefeita do Município de Frecheirinha e de proibi-la de contratar com o Poder Público pelo mesmo prazo de três anos.

É o breve relatório.

Revistos e incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Examino, inicialmente, o fundamento recursal da incompetência absoluta do Juízo da Comarca de Frecheirinha para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra o Prefeito Municipal.

De notar, a propósito do tema, que a competência dos tribunais constitui matéria de direito estrito, porquanto é a própria Constituição da República que, quando não a define diretamente (arts. 102, 105 e 108), remete expressamente tal matéria à legislação infraconstitucional (arts. 111-A, § 1º, 113, 121 e 124, Parágrafo único).

A fixação da competência dos Tribunais de Justiça, em particular, constitui matéria que a Constituição Federal (art. 125, § 1º) remete à Constituição Estadual. Todavia, ela própria já dispõe que a competência para julgamento dos prefeitos (art. 29, X) e dos juízes e membros do Ministério Público (art. 96, III) é dos Tribunais de Justiça.

Sucede que tal competência originária dos tribunais para julgamento de certas autoridades, nas hipóteses taxativamente previstas na Constituição Federal, de que é exemplo o art. 29, inciso X, é restrita à seara penal, não se aplicando aos atos de improbidade, como decidido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 2797, *verbis:*

EMENTA: I. ADIn: legitimidade ativa: "entidade de classe de âmbito nacional" (art. 103, IX, CF): Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP 1. Ao julgar, a ADIn 3153-AgR, 12.08.04, Pertence, Inf STF 356, o plenário do Supremo Tribunal abandonou o entendimento que excluía as entidades de classe de segundo grau - as chamadas "associações de associações" - do rol dos legitimados à ação direta. 2. De qualquer sorte, no novo estatuto da CONAMP - agora Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - a qualidade de "associados efetivos" ficou adstrita às pessoas físicas integrantes da categoria, - o que basta a satisfazer a jurisprudência restritiva-, ainda que o estatuto reserve às associações afiliadas papel relevante na gestão da entidade nacional.

II. ADIn: pertinência temática. Presença da relação de pertinência temática entre a finalidade institucional das duas entidades requerentes e os dispositivos legais impugnados: as normas legais questionadas se refletem na distribuição vertical de competência funcional entre os órgãos do Poder Judiciário - e, em conseqüência, entre os do Ministério Público .

III. Foro especial por prerrogativa de função: extensão, no tempo, ao momento posterior à cessação da investidura na função dele determinante. Súmula 394/STF (cancelamento pelo Supremo Tribunal Federal). Lei 10.628/2002, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao artigo 84 do C. Processo Penal: pretensão inadmissível de interpretação autêntica da Constituição por lei ordinária e usurpação da competência do Supremo Tribunal para interpretar a Constituição: inconstitucionalidade declarada.

1. O novo § 1º do art. 84 CPrPen constitui evidente reação legislativa ao cancelamento da Súmula 394 por decisão tomada pelo Supremo Tribunal no Inq 687-QO, 25.8.97, rel. o em. Ministro Sydney Sanches (RTJ 179/912), cujos fundamentos a lei nova contraria inequivocamente.

2. Tanto a Súmula 394, como a decisão do Supremo Tribunal, que a cancelou, derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal.

3. Não pode a lei ordinária pretender impor, como seu objeto imediato, uma interpretação da Constituição: a questão é de inconstitucionalidade formal, ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior.

4. Quando, ao vício de inconstitucionalidade formal, a lei interpretativa da Constituição acresça o de opor-se ao entendimento da jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal - guarda da Constituição -, às razões dogmáticas acentuadas se impõem ao Tribunal razões de alta política institucional para repelir a usurpação pelo legislador de sua missão de intérprete final da Lei Fundamental: admitir pudesse a lei ordinária inverter a leitura pelo Supremo Tribunal da Constituição seria dizer que a interpretação constitucional da Corte estaria sujeita ao referendo do legislador, ou seja, que a Constituição - como entendida pelo órgão que ela própria erigiu em guarda da sua supremacia -, só constituiria o correto entendimento da Lei Suprema na medida da inteligência que lhe desse outro órgão constituído, o legislador ordinário, ao contrário, submetido aos seus ditames.

5. Inconstitucionalidade do § 1º do art. 84 C.Pr.Penal, acrescido pela lei questionada e, por arrastamento, da regra final do § 2º do mesmo artigo, que manda estender a regra à ação de improbidade administrativa.
IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignitário (§ 2º do art. 84 do C Pr Penal introduzido pela L. 10.628/2002): declaração, por lei, de competência originária não prevista na Constituição: inconstitucionalidade.
1. No plano federal, as hipóteses de competência cível ou criminal dos tribunais da União são as previstas na Constituição da República ou dela implicitamente decorrentes, salvo quando esta mesma remeta à lei a sua fixação.
2. Essa exclusividade constitucional da fonte das competências dos tribunais federais resulta, de logo, de ser a Justiça da União especial em relação às dos Estados, detentores de toda a jurisdição residual.
3. Acresce que a competência originária dos Tribunais é, por definição, derrogação da competência ordinária dos juízos de primeiro grau, do que decorre que, demarcada a última pela Constituição, só a própria Constituição a pode excetuar.
4. Como mera explicitação de competências originárias implícitas na Lei Fundamental, à disposição legal em causa seriam oponíveis as razões já aventadas contra a pretensão de imposição por lei ordinária de uma dada interpretação constitucional.
5. De outro lado, pretende a lei questionada equiparar a ação de improbidade administrativa, de natureza civil (CF, art. 37, § 4º), à ação penal contra os mais altos dignitários da República, para o fim de estabelecer competência originária do Supremo Tribunal, em relação à qual a jurisprudência do Tribunal sempre estabeleceu nítida distinção entre as duas espécies.
6. Quanto aos Tribunais locais, a Constituição Federal - salvo as hipóteses dos seus arts. 29, X e 96, III -, reservou explicitamente às Constituições dos Estados-membros a definição da competência dos seus tribunais, o que afasta a possibilidade de ser ela alterada por lei federal ordinária.
V. Ação de improbidade administrativa e competência constitucional para o julgamento dos crimes de responsabilidade.
1. O eventual acolhimento da tese de que a competência constitucional para julgar os crimes de responsabilidade haveria de estender-se ao processo e julgamento da ação de improbidade, agitada na Rcl 2138, ora pendente de julgamento no Supremo Tribunal, não prejudica nem é prejudicada pela inconstitucionalidade do novo § 2º do art. 84 do C.Pr.Penal.
2. A competência originária dos tribunais para julgar crimes de responsabilidade é bem mais restrita que a de julgar autoridades por crimes comuns: afora o caso dos chefes do Poder Executivo - cujo impeachment é da competência dos órgãos políticos - a cogitada competência dos tribunais não alcançaria, sequer por integração analógica, os membros do Congresso Nacional e das outras casas legislativas, aos quais, segundo a Constituição, não se pode atribuir a prática de crimes de responsabilidade.
3. Por outro lado, ao contrário do que sucede com os crimes comuns, a regra é que cessa a imputabilidade por crimes de responsabilidade com o termo

> da investidura do dignitário acusado. Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 2797, Rel Min Sepúlveda Pertence, Pleno, Maioria, DJ 19.12.2006, p. 37

Conflita com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pois, a declaração de incompetência do juiz de primeiro grau e, por conseguinte, a afirmação da competência do Tribunal de Justiça, para processar e julgar a apelante pelo ato de improbidade que lhe é imputado, com fundamento direto e exclusivo na Constituição da República.

A Constituição do Estado do Ceará, de sua vez, dispõe:

> Art. 37
> § 5º O Prefeito será julgado perante o Tribunal de Justiça.

E, adiante, em bom vernáculo, delimita com precisão o âmbito material de tal competência :

> Art. 108 – Compete ao Tribunal de Justiça:
> VII – processar e julgar, originariamente:
> a) nos crimes comuns e de responsabilidade, o Vice-Governador, Deputados Estaduais, juízes estaduais, membros do Ministério Público e Prefeitos, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

Ora, quando a Constituição Federal dispõe que a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário serão aplicados, na hipótese de condenação por ato de improbidade, ocorrerá sem prejuízo da ação penal cabível (art. 37, § 4º), deu inequivocamente a conhecer que a ação de improbidade não tem natureza penal.

Tal aspecto, aliás, não passou despercebido ao Min Sepúlveda Pertence, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 2797, ao consignar no voto que ali se fez vencedor, *verbis:*

> A ação de improbidade administrativa é uma ação civil: evidencia-o o art. 37, § 4º, da Constituição, ao explicitar que as sanções que comina à improbidade administrativa serão impostas "sem prejuízo da ação penal cabível".

A conduta do agente público que a lei define como ato de improbidade, pode constituir simultaneamente ilícito de natureza jurídica diversa, sem que tal circunstância obste a aplicação das sanções previstas especificamente na legislação que tutela a probidade administrativa, como assinala Wallace Paiva Martins Júnior, *verbis:*

> Prevalece no direito brasileiro o sistema de pluralidade ou concorrência de instâncias para repressão da improbidade administrativa, viabilizada não só pela Constituição Federal, mas também pela expressa previsão do artigo 21, II, da Lei nº 8.429/92, sem que se possa, à míngua de determinação legal

> explícita, suscitar comunicação obrigatória de efeitos. Tal sistema não é novidade, é já existe no ordenamento jurídico, mesmo envolvendo agentes políticos, porque a responsabilidade é apurada por diferentes enfoques jurídicos. Probidade administrativa. 3ª ed rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p.306

Demonstrado está, portanto, que o caso posto à apreciação nos autos não é da competência originária do Tribunal de Justiça. Aplica-se ao caso, então, o Código de Organização Judiciária do Estado do Ceará, para fixação da competência no juízo de primeiro grau.

Examino, na sequência, o fundamento de apelação que afirma a obrigatoriedade da prévio inquérito policial ou procedimento administrativo como requisito para a propositura da ação civil pública por ato de improbidade.

Observo que o art. 22 da Lei nº 8.429/92 apenas autoriza o Ministério Público a requisitar a instauração de inquérito policial ou procedimento administrativo para apurar eventual prática de ato de improbidade. Demais disso, a existência de documentos que deem a conhecer indícios suficientes da prática de ato de improbidade constitui o suficiente para autorizar o propositura da ação de improbidade. (art. 17, § 6º) É exato, concluir, portanto, que, se o Ministério Público dispõe de indícios suficientes da prática de ato de improbidade poderá, desde logo, ajuizar a ação civil pública para a qual está legitimado.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem invariavelmente manifestado tal compreensão, *verbis:*

> Processual Civil. Ação Civil Pública. Ministério Público. Desnecessidade de Prévio Inquérito Civil. Honorários Advocatícios Indevidos. Lei nº 7.347/85 (arts. 8º, 9º e 17). Súmula 7/STJ.
> 1. Compete ao Ministério Público facultativamente promover, ou não, o inquérito civil (§ 1º, art. 8º, Lei 7.347/85), procedimento administrativo e de caráter pré-processual, com atos e procedimentos extrajudiciais. Não é, pois, cogente ou impositivo, dependendo a sua necessidade, ou não, das provas ou quaisquer elementos informativos precedentemente coligidos. Existindo prévia demonstração hábil para o exercício responsável da Ação Civil Pública, o alvitre do seu ajuizamento, ou não, é do Ministério Público, uma vez que o inquérito não é imprescindível, nem condição de procedibilidade. A decisão sobre a dispensa, ou não, está reservada ao Ministério Público, por óbvio, interditada a possibilidade de lide temerária ou com o sinete da má-fé.
> 2. Existente fundamentação razoável, vivificados os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância, tanto que, se não aparecer como autor, obrigatoriamente, deverá intervir como *custos legis* (§ 1º, art. 5º, ref.), não se compatibiliza com o espírito da lei de regência, no caso da improcedência da Ação Civil Pública, atribuir-lhe a litigância de má-fé (art. 17, Lei ant., c/c o art. 115, Lei nº 8.078/90), com a condenação em honorários advocatícios. Demais, no caso, a pretensão não se mostra infundada, não revela propósito inadvertido ou

clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resultante de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Grampea-se que a litigância de má-fé sempre reclama convincente demonstração.
3. Recurso parcialmente conhecido e provido para derruir a condenação nos honorários advocatícios. Recurso Especial Nº 152.447, Rel Min Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, Unânime, DJ 25/02/2002, p. 203.

PROCESSO CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA – INQUÉRITO ADMINISTRATIVO - OMISSÕES E CONTRADIÇÕES ARGÜIDAS EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO: MULTA (ART. 18)
1. O inquérito civil é procedimento administrativo facultativo, inquisitorial e auto-executório, o que desobriga o Ministério Público de instaurá-lo se dispõe dos elementos necessários à propositura da ação.
2. Como medida antecipativa com objetivo de angariar elementos que dêem sustentação à ação civil pública, pode o Ministério Público dispor de todos os elementos arrecadados no inquérito civil, ou de parte deles, quando assim entender pertinente.
3. Omissão do Tribunal em dois dos quatro pontos argüidos em embargos de declaração, o que torna uma ilegalidade as multas impostas com base no art. 18 e §§, do CPC.
4. Recurso especial parcialmente provido. Recurso Especial Nº 448.023, Rel Min Eliana Calmon, Segunda Turma, Unânime, DJ 09.06.2003

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 329/STJ. INQUÉRITO CIVIL ANTERIOR À AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESNECESSIDADE. DANO AO ERÁRIO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA EMPRESTADA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.
1. Inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.
2. É cediço no STJ que não se conhece de Recurso Especial quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado na interpretação do Direito Federal. Aplicação da Súmula 284/STF.
3. Inexiste cerceamento de defesa pela utilização de prova emprestada. Precedente do STJ.
4. Prescindível a instauração prévia de inquérito civil à Ação Civil Pública para averiguar prática de improbidade administrativa. Precedente do STJ.
5. O Tribunal *a quo* concluiu que o ato de improbidade administrativa ficou comprovado. A revisão desse entendimento implica reexame de fatos e provas, obstado pelo teor da Súmula 7/STJ.
6. O Ministério Público é parte legítima para propor Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao Erário - Súmula 329/STJ.
7. Agravo Regimental não provido. Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.066.838, Rel Min Herman Benjamin, Segunda Turma, Unânime, DJe 04/02/2011.

Do quanto até aqui exposto, forçoso é concluir que restam improcedentes as preliminares recursais, as quais rejeito.

Diz mais a apelante, nas razões recursais, que remeteu mensalmente a prestação de contas, durante o período questionado na inicial da ação civil pública, para o Tribunal de Contas dos Municípios e para a Câmara Municipal de Frecheirinha. Acrescenta, ao depois, que o Poder Legislativo Municipal nunca requereu formalmente a remessa das contas da Prefeitura Municipal, que a ação por ato de improbidade proposta pelo Ministério Público, revela mero ato de vingança política de alguns vereadores e que não houve dano ou prejuízo ao erário. Por fim, aduz que o art. 42, da Constituição do Estado do Ceará, é objeto da Ação Direta de Constitucionalidade Nº 1780 proposta perante o Supremo Tribunal Federal.

Ao exame do conteúdo de prova que se contém nos autos, verifico que o Ofício Nº 02/99, de 04 de janeiro de 1999, remetido pelo Presidente da Câmara Municipal de Frecheirinha à então Prefeita Municipal de Frecheirinha, o Poder Legislativo Municipal efetivamente solicitou à ora apelante que lhe remetesse as prestações de contas do Poder Executivo referentes aos meses de janeiro de 1997 a dezembro de 1998.

Constato, ainda, que a recorrente, ao apresentar a peça contestatória que se contém nos autos, em 21 de junho de 1999, confessou expressamente que *"no exato dia 31.05.99 toda a documentação ausente e embasadora do pedido vestibular foi entregue ao Presidente do Poder Legislativo local",* instruindo-a com o Ofício Nº 079/99, de 31 de maio de 1999, para fazer prova do que ali afirmado.

A partir de tal específico acervo probatório, é exato quanto certo concluir que a prestação de contas referente aos meses que foram objeto da ação proposta pelo Ministério Público, é dizer, janeiro de 1997 a dezembro de 1998, foram remetidas à Câmara Municipal de Frecheirinha só em 31 de Maio de 1999, e não anteriormente, como afirmado na contestação.

Sucede que, por expressa dicção do art. 42, da Constituição do Estado do Ceará, o envio dos balancetes mensais das Prefeituras às respectivas Câmaras Municipais deve ser realizado mensalmente, até o dia 30 do mês subsequente, *verbis:*

> Art. 42. Os Prefeitos municipais são obrigados a enviar às respectivas Câmaras Municipais e ao Tribunal de Contas dos Municípios, até o dia 30 do mês subsequente, os balancetes mensais relativos à aplicação dos recursos recebidos e arrecadados por todas as Unidades Gestoras da Administração Municipal, acompanhadas da documentação comprobatória das receitas e das despesas e dos créditos adicionais.

Por certo, ao remeter os balancetes dos meses da janeiro/1997 a abril/1999, somente em 31 de maio de 1999, a apelante descumpriu o mandamento constitucional que determina a remessa mensal, impedindo a Câmara Municipal de exercer, mais efetivamente, a fiscalização e o controle da execução orçamentária do Poder Executivo

Municipal por mais de dois exercícios financeiros consecutivos.

A Constituição Federal dispõe que a lei sancionará os atos de improbidade administrativa, consoante a forma e a gradação nela previstas, com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário. (art. 15, V, art. 37, § 4º)

A regulamentação do art. 37, § 4º, da Constituição Federal, ocorreu através da Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que definiu e classificou os atos de improbidade administrativa em atos que importam enriquecimento ilícito, atos que causam prejuízo ao erário e atos que violam os princípios da administração pública.

No que é pertinente ao caso ora em exame, a lei de regência dispõe:

> 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:
> VI – deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
>
> 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.
> Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

De fato, a conduta imputada à apelante e evidenciada pelo acervo probatório dos autos, qual seja, deixar de remeter mensalmente os balancetes referentes às receitas e despesas do Poder Executivo à Câmara Municipal, viola o preceito contido no art. 42, da Constituição do Estado do Ceará e configura ato de improbidade atentatório ao princípio da legalidade, consoante dispõe o art. 11, inciso V, da Lei nº 8.429/92.

Na individualização das sanções previstas no art. 12, inciso III, da Lei de Regência, de regra a discricionariedade do julgador está adstrita à fixação do prazo de suspensão dos direitos políticos e do valor da multa civil, pois não lhe é dado abster-se de fazer incidir todas as espécies sancionatórias fixadas pelo legislador, a menos que uma ou outra se revele inadequada ao caso ou haja flagrante desproporção na aplicação da lei de regência à conduta perpetrada pelo agente público.

Por elucidativo, cumpre atentar para o magistério de Emerson Garcia e

Rogério Pacheco Alves acerca do tema, *verbis:*

> Conforme o art. 37, § 4°, da Constituição da República, deveria o legislador infraconstitucional estabelecer os critérios de gradação das sanções a serem aplicadas ao agente ímprobo. Nada impedia que fosse estabelecido um escalonamento das sanções consoante as condições do agente e as consequências da infração, cominando, de forma cumulativa ou alternada, aquelas previstas no texto constitucional – suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário – e outras mais.
> Regulamentando o preceito constitucional, estabelece o art. 12 da Lei n.° 8.429/92, em cada um de seus três incisos, as sanções que serão aplicadas às diferentes formas de improbidade, elenco este que se encontra previsto de forma aglutinativa, separado por vírgulas e cuja última sanção cominada foi unida ao todo pela conjuntiva 'e'.
> Em razão de tal técnica legislativa, inclinamo-nos, como regra geral, pela imperativa cumulatividade das sanções, restando ao órgão jurisdicional a discricionariedade de delimitar aquelas cuja previsão foi posta em termos relativos, quais sejam: a) suspensão dos direitos políticos – 8 (oito) a 10 (dez) anos, inc. I / 5 (cinco) a 8 (oito) anos, inc. II / 3 (três) a 5 (cinco) anos, inc. III; b) multa civil – até 3 (três) vezes o valor do acréscimo patrimonial, inc. I / até 2 (duas) vezes o valor do dano, inc II / até 100 (cem) vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, inc. III.
> Além do aspecto gramatical, já que não utilizada a disjuntiva 'ou' na cominação das sanções, deve-se acrescer que não caberia ao Poder Judiciário, sob pena de mácula ao princípio da separação dos poderes, deixar de aplicar as reprimendas estabelecidas pelo legislador, de forma cumulativa, consoante expressa autorização constitucional.
> Releva notar, no entanto, que as sanções de ressarcimento dos danos causados ao patrimônio público e perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio do agente, conforme deflui da própria redação dos incisos do art. 12 da Lei n.° 8.429/92, somente serão passíveis de aplicação em estando presentes os pressupostos fáticos que as legitima, quais sejam, o dano ao patrimônio público e o enriquecimento ilícito. Do mesmo modo, não se pode aplicar a sanção de perda da função pública ao terceiro que não possua qualquer vínculo com o Poder Público. Qualquer que seja a seara, somente se pode falar em liberdade do julgador na fixação da reprimenda em havendo expressa autorização legal, o que deflui dos próprios princípios norteadores do sistema repressivo. Isto porque a sanção, a um só tempo, representa eficaz mecanismo de garantia dos direitos do homem – o qual somente pode tê-los restringidos com expressa previsão legal – e o instrumento de manutenção da paz social, sendo a materialização dos anseios dos cidadãos expressos através de seus representantes.
> Em razão da própria natureza da conduta perquirida, não haveria que se falar, inclusive, em adstrição do órgão jurisdicional a uma possível delimitação do pedido, pois, tratando-se de direito eminentemente indisponível, não compete ao autor da demanda restringir as consequências dos atos de improbidade, restando-lhe, unicamente, deduzir a pretensão de que sejam aplicadas as sanções condizentes com a causa de pedir que declinara na inicial.

> Conforme frisamos, a aplicação cumulativa das sanções é a regra geral, a qual, em situações específicas, e devidamente fundamentadas, pode sofrer abrandamentos, o que permitirá a adequação da Lei n.° 8.429/92 à Constituição da República.
> Tal posição, longe de macular o equilíbrio constitucional dos poderes e conduzir ao arbítrio judicial, viabilizará a formulação de interpretação conforme a Carta Magna e atenuará a dissonância existente entre a tutela dos direitos fundamentais e a severidade das sanções cominadas. (...)
> A inexistência de preceitos normativos que permitam identificar de forma apriorística as condutas excluídas da regra geral acima enunciada torna imperativo o estabelecimento, pela doutrina, ainda que de forma singela, de parâmetros de adequação. Para tanto, torna-se possível identificar a proporcionalidade entre a sanção e o ilícito a partir da análise do elemento volitivo do agente e da possível consecução do interesse público. (...)
> Restará ao órgão jurisdicional, unicamente, a possibilidade de mitigar as sanções cominadas aos atos que importem em prejuízo ao erário (art. 10) e violação aos princípios que regem a atividade estatal (art. 11). Aqueles podem ser dolosos ou culposos, enquanto que estes serão sempre dolosos, podendo ser perquirido, em qualquer caso, o resultado obtido com a prática do ato.
> No mais, é relevante observar ser inadmissível que ao ímprobo sejam aplicadas unicamente as sanções de ressarcimento do dano e de perda de bens, pois estas, em verdade, não são reprimendas, visando unicamente à recomposição do *status quo*. Improbidade Administrativa, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2002, p. 404/409

Na hipótese ora em exame, não há base empírica para aplicação das sanções de perda de bens ou de ressarcimento ao erário, pois não há notícia de dano ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito. De igual modo, não é dado falar em perda da função pública, porquanto a apelante não é mais prefeita do Município de Frecheirinha, cujo mandato restringiu-se ao quadriênio 1997-2000. Por certo, após o término do referido mandato eletivo, o pedido de condenação da apelante na perda da função pública ficou prejudicado.

Os prazos de suspensão dos direitos políticos e de proibição de contratar ou receber benefícios fiscais ou creditícios do poder público, de sua vez, foram fixados na sentença no mínimo legal de três anos. Não há como reduzi-los, portanto, sem violar os parâmetros estabelecidos pelo legislador.

Relativamente à multa civil, penso que a sentença recorrida, ao fixá-la em 28 (vinte e oito) vezes o valor da remuneração do cargo de Prefeito Municipal de Frecheirinha, sob o fundamento de ser esse o número de meses em que a apelante deixou de remeter os balancetes os balancetes à Câmara Municipal, com observância do prazo fixado em lei, não observou o princípio da proporcionalidade. De fato, em sendo mantida a multa, tal como fixada na sentença, estar-se-á na prática negando o direito da apelante à remuneração do cargo de prefeita, para o qual fora eleita, referente aos meses em que os balancetes mensais não foram remetidos para a Câmara Municipal, pelo só

fato da ausência da remessa, ainda que não haja notícia nos autos de que tal conduta tenha causado dano ao erário municipal.

Daí que, atento aos fatos e circunstâncias que se dão a conhecer nos autos, entendo que a multa civil prevista no art. 12, inciso III, da Lei nº 9.429/92 deverá ser reduzida, adequando-se ao critério da proporcionalidade, para o valor correspondente a 8 (oito) vezes a remuneração do cargo de Prefeito do Município de Frecheirinha.

Por fim, é oportuno frisar que a Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1780 não impugnou o *caput* do art. 42 da Constituição do Estado do Ceará. Demais disso, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 29, de 30 de abril de 1997, que alterou a redação dos dispositivos da Constituição do Estado do Ceará nela questionados, aquela ação foi julgada extinta, sem resolução do mérito, por perda superveniente do objeto.

Forte em tais razões, julgo prejudicado o pedido de condenação da apelante na perda da função pública, por motivo superveniente à sentença, e dou parcial provimento à apelação, para reduzir o valor da multa civil.

É como voto.

Fortaleza, 23 de abril de 2012.

Apelação Cível nº: 0455671-04.2000.8.06.0000
Apelante: Bosco Gonçalves
Apelado: Luiz Gonçalves da Silva
Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível
Relator: Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE CHEQUE PRESCRITO. RELATÓRIO BEM FUNDAMENTADO. NULIDADE INEXISTENTE. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO DO TÍTULO. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO DA *CAUSA DEBENDI*. ALEGAÇÃO DE AGIOTAGEM. PRÁTICA ILÍCITA QUE NÃO FOI COMPROVADA. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBIA AO DEVEDOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Não há nulidade na sentença que atende todos os requisitos essenciais do art. 458 do Código de Processo Civil, quais sejam: os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

2 - Mesmo após decorrido o lapso prescricional para execução do cheque, se interposta ação visando à sua cobrança em até 02 (dois) anos após o término do prazo para a ação executiva, o título não perde sua natureza cambial, de forma que, para a propositura da ação de cobrança em casos tais, afigura-se desnecessária a declinação da *causa debendi* pelo credor.

3 - A despeito de em regra não ser possível a discussão da *causa debendi* do cheque, na hipótese dos autos, em que não houve circulação da cambial, essa possibilidade é excepcionalmente admitida, podendo o devedor opor ao credor todas as exceções que lhe são pessoais. Isso porque, em não havendo circulação, não há que se falar em abstração, ou seja, o título não se desvincula da causa que lhe deu origem.

4 - Uma vez invocado pelo promovido fato impeditivo do direito do autor, no caso a suposta prática de agiotagem, incumbia-lhe comprovar o quanto alegado, ou seja, que o cheque fora emitido para pagamento de empréstimo contraído junto ao demandante, acrescido de juros extorsivos. No entanto, não logrou êxito em sua tentativa.

5 - Se o autor sequer precisava mencionar a *causa debendi*, não estava obrigado a produzir prova da realização do negócio jurídico realizado com o acionado. A este é que incumbia alegar e provar fato que impedisse, modificasse ou extinguisse o direito do requerente, o que não ocorreu.

6 - Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0455671-04.2000.8.06.0000, em que figuram as partes acima referidas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 04 de setembro 2012.

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de Apelação Cível em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Titular da 28ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos de Ação Ordinária de Cobrança, proposta por LUIZ GONÇALVES DA SILVA, em desfavor de BOSCO GONÇALVES.

Adoto em parte o relatório da r. decisão de fl. 90:

> "Vistos etc.
> Trata-se de AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Luiz Gonçalves da Silva contra Bosco Gonçalves, nos termos que ora passam a ser relatados.
> O promovente afirma na inicial que é credor do promovido de quantia em dinheiro referente a devolução de cheque emitido por este. O título fora devolvido pela Instituição financeira sacada por ter sido "a conta encerrada". Sem êxito a tentativa de composição amigável, pede a citação do promovido e sua condenação ao valor representado no título.
> Manifesta o autor ainda o receio de que o promovido, no decorrer da ação, transfira seus bens. Com isso, pretende obter antecipação de tutela no sentido de ser determinada a expedição de ofícios a cartórios e Detran. Cópia do título anexada.
> Presentes os requisitos legais, fora deferido o provimento antecipatório (fl. 09).
> Devidamente citado, o promovido apresenta sua contestação, refutando as alegações feitas na inicial. Alega que o promovente atuava como "agiota e emprestava dinheiro a juros no percentual de trinta por cento (30%) a.m.".
> Diz que o cheque teve origem em contrato de empréstimo de R$ 10.000,00 feito perante o Promovente, no ano de 1997, e que durante muito tempo amortizou o débito pagando juros de R$ 3.000,00 por mês.
> Aduz, em fim, que o Promovente não demonstrou na inicial a transação comercial da qual se originou título, ressaltando a cobrança de juros exorbitantes. Requer a improcedência da ação.
> Réplica às fls. 27/28.
> Frustada a tentativa de conciliação em audiência, foram fixados os pontos controvertidos, tendo as partes requerido, de logo, a ouvida de testemunhas

> em audiência própria, e o promovido o depoimento pessoal do autor.
> Aberta a audiência de instrução, é tomado o depoimento do autor. O promovido pede a juntada de documentos, dentre os quais cópia de cheques, canhotos de talões, relação de pagamentos etc. (fls. 43/79).
> Manifesta-se o promovente sobre os documentos acostados, impugnando a sua validade como meio de prova, anexando a sua peça cópia de "declaração de confissão de Reabre-se a audiência de instrução. O promovido nega conhecimento sobre a existência da declaração acostada, mas reconhece a autenticidade da assinatura e pede que seja determinada a exibição do original, o que fora deferido. Depoimentos testemunhais às fls. 87 e 88.
> Aberta vista dos autos, promovente apresenta o original do documentos referido, conforme determinado. Sobre tal nada apresenta o promovido.
> É designada nova data de audiência para ouvida de Adalton Quintino da Silva, que prestou depoimento independente de compromisso, em razão de ser impedido na forma da lei.
> Encerrada a instrução, as partes apresentaram memoriais.
> Feito processado e instruído perante o Juiz da 32ª Vara Cível, que, por força da Lei Estadual 12.929/99, declinou sua competência, tendo sido redistribuído para este Juízo.
> Vieram-me, então, os autos. Eis o relatório. Passo a fundamental e decidir.
> [...]"

Sobreveio sentença, às fls. 213/217, onde o MM. Juiz, na parte dispositiva do referido *decisum,* assim manifestou-se:

> "Posto isso, como base nas provas dos autos e dispositivos legais, mencionados, julgo procedente a presente ação, nos termos propostos na inicial, condenando o promovido Bosco Gonçalves ao pagamento de R$ 95.000,00 (noventa e cinco mil reais), bem como nas custas e honorários advocatícios na base de 10% do valor da causa.
> R.P.I."

Irresignado com a referida decisão, o promovido Bosco Gonçalves interpôs recurso de apelação às fls. 221/232, aduzindo, em síntese: **a)** que, em preliminar, a sentença é nula, face ao desconhecimento do processo pelo juiz monocrático; **b)** que o cheque e a confissão de dívida, documentos acostados pelo recorrido, não correspondem com a verdade, sendo documentos fraudulentos; **c)** que o recorrido nada prova; **d)** que o apelante afirmou que a origem do cheque era empréstimo de dinheiro, agiotagem, provando através de documentos.

Nestes termos, postula pelo conhecimento do recurso de apelação, para dar-lhe provimento, seja para anular a d. sentença primeva, seja decretar a extinção do processo sem julgamento do mérito, seja para reformá-la, julgando improcedente a ação.

O promovente Luiz Gonçalves da Silva apresentou contrarrazões às fls. 239/242.

Instado a se manifestar, o *Parquet,* por intermédio da Procuradora de

Justiça Sheila Cavalcante Pitombeira, emitiu parecer às fls. 261/265, contudo, sem apresentar manifestação de mérito, por entender que no presente casuístico inexiste interesse público.

Após sucessivas redistribuições, vieram-me conclusos os autos.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal insertos nos artigos 506 e 514 do Código de Processo Civil, conheço do apelo e passo a apreciá-lo.

A preliminar de nulidade da sentença, por ausência dos requisitos essenciais do relatório previstos no art. 458 do Código de Processo Civil, não merece acolhimento. Isso porque todos os seus requisitos foram atendidos, quais sejam: os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo.

Diferentemente do que alegado pelo recorrente, não houve "*desconhecimento do processo*" pelo douto julgador de piso. Pelo contrário, o sentenciante bem esmiuçou todos os fatos que reputou relevantes para o deslinde da controvérsia, o que sem qualquer esforço pode ser constatado da leitura do relatório. Observe-se que, mesmo quando o relatório é sucinto, o que não é o caso, a jurisprudência entende inexistir nulidade da sentença. Nesse sentido, confira-se:

> "APELAÇÃO CÍVEL - ANULAÇÃO DE ESCRITURA PÚBLICA - SENTENÇA SEM RELATÓRIO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DA COMPANHEIRA - PRESCRIÇÃO INOCORRENTE - APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.
> 1 - **É desarrazoada a alegação de nulidade da sentença por ausência de relatório pelo simples fato de ser o mesmo sucinto, claro e objetivo, visto que não constitui ofensa ao artigo 458, inciso I, do Código de Processo Civil**.
> 2 - Somada à ausência de expressa previsão legal que determine a citação da companheira para compor as demandas como a presente, não resta comprovada sequer a existência da união estável alegada pelo apelante.
> 3 - Não se aplica ao caso em comento o prazo prescricional do artigo 178, § 9º, inciso V, "b", do Código Civil de 1916, qual seja 4 (quatro) anos, diante da inexistência dos atos representados pelas escrituras públicas de compra e venda registradas na matrícula do imóvel, não havendo, pois, o que se falar em prescrição, uma vez que nenhum efeito daqueles atos, que são mera expressão fática, pode ser percebido no plano jurídico.
> 4 - Apelação conhecida e improvida." (TJ/CE, AC nº 1683-95.2000.8.06.0142/1, 6ª Câmara Cível, Relª Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de registro: 07.01.2011)

Preliminar rejeitada.

Passo ao exame do mérito, tecendo antes um breve resumo da causa, eis que a análise do conjunto probatório produzido nos presentes autos faz-se essencial ao deslinde da controvérsia, que trata também de matéria de fato, concernente à averiguação da prática ou não de agiotagem pelo autor.

Os autos cuidam de ação de cobrança de cheque prescrito, datado de 05.07.1997. O petitório foi ajuizado em 16.12.1997 por Luiz Gonçalves da Silva em face de Bosco Gonçalves. Na inicial, o autor pleiteou a condenação do promovido ao pagamento do valor estampado no título, qual seja R$ 95.000 (noventa e cinco mil reais), acrescido de juros e correção monetária, sem declinar a origem da dívida.

Ao contestar o feito, o requerido argumentou que no ano de 1994, com o intuito de se estabelecer no comércio local, solicitou ao autor, que é seu primo e, segundo alega, agiota, um empréstimo na quantia de R$ 10.000 (dez mil reais), acrescido de juros extorsivos de 30% ao mês. Disse que, não podendo honrar com o compromisso firmado, resolveu pagar os juros cobrados, no importe de R$ 3.000 (três mil reais), fazendo isso por muito tempo. Aduziu ainda que em 1997 convidou o autor a comparecer a seu estabelecimento comercial a fim de liquidar o empréstimo, oportunidade na qual ofereceu em pagamento a quantia de R$ 30.000 (trinta mil reais), que não foi aceita, tendo o ora recorrido exigido R$ 111.000 (cento e onze mil reais). Sustentou, por fim, que incumbia ao autor fazer prova do fato constitutivo de seu direito e pediu a improcedência da ação.

No decorrer da instrução foi colhido o depoimento pessoal do autor (fls. 61/63), no qual este afirmou que o cheque seria oriundo de material de construção, elétrico, cimento e tijolo que forneceu para a obra do acionado, bem como de aluguel de telefone. Disse também que não tinha lembrança de que o promovido lhe tivesse pedido dinheiro emprestado alguma vez.

O requerido fez juntar aos autos diversos documentos: procurações nomeando o irmão do autor como procurador da empresa do promovido, com poderes inclusive de emitir, endossar e descontar cheques (fls. 64/68); cheques inutilizados (fls. 74/92 e 95); canhotos de cheques (fls. 87/92 e 96/98), alguns dos quais correspondentes a cheques juntados aos autos; os papéis de fls. 99/105; notas fiscais de material de construção adquirido junto a diversos fornecedores (fls. 120/175); cheques em branco da empresa do promovido com o carimbo de "CANCELADO" (fls. 176/185), alguns com assinatura do demandado e outros assinados pelo Sr. Adalton.

Por sua vez, o promovente carreou aos fólios uma declaração de confissão de dívida datada de 27.06.1996 (fls. 110), tendo o promovido, em sede de audiência, (fls. 113), reconhecido a assinatura ali contida como sendo de seu próprio punho, contudo alegou desconhecer por completo o teor do referido documento.

As testemunhas do demandado, funcionários antigos seus, foram oitivadas às fls. 115/116 e 117/118. O Sr. Raimundo Leal da Silva afirmou: que o requerido, Sr. Bosco, pediu dez mil reais emprestados ao Sr. Luiz, autor da ação de cobrança; que **o Sr.**

Bosco vinha pagando juros desse dinheiro; que o Sr. Bosco assinava papel em branco; que o Sr. Bosco não sabe ler; que não sabia dizer quem colocava material de construção na obra do Sr. Bosco, mas que não era o Sr. Luiz. Já o Sr. José Chagas da Silva disse: que o Sr. Bosco pegou um empréstimo de R$ 10.000 junto ao Sr. Luiz; que **não ouviu falar que o Sr. Bosco pagasse juros**; que o Sr. Luiz nunca colocou nas obras do Sr. Bosco um tijolo sequer; que o Sr. Bosco assinava cheques em branco para o Sr. Adalton, irmão do Sr. Luiz; que não sabia dizer se o Sr. Bosco assinava outros documentos em branco, só sabendo mesmo dos cheques.

O Sr. Adalton, que é irmão do autor e gerenciava os negócios do requerido, também foi ouvido às fls. 197, tendo dito: que o valor do cheque que instruiu a inicial diz respeito a material de construção que ele mesmo pedia na qualidade de gerente; que o Sr. Bosco sabe ler e escrever; que tinha procuração do Sr. Bosco para assinar cheques; que não exigia notas fiscais da empresa de seu irmão, porque a prestação de contas poderia ficar para depois; que o cheque objeto de cobrança foi preenchido por si na frente do Sr. Bosco.

Após a apresentação de memoriais pelas partes (fls. 201/202 e 205/209), o feito foi julgado procedente, tendo o douto magistrado sentenciante entendido que o demandado não logrou comprovar suas alegações.

Com efeito, analisando detidamente os fatos deduzidos e as provas produzidas nos autos, verifico que não merece reproche a decisão de procedência proferida na instância de piso.

Como já foi dito, a ação em apreço foi ajuizada visando à cobrança de cheque prescrito. É cediço que essa espécie de cambial não possui natureza causal, de modo que sua simples emissão gera a obrigação de pagamento da importância nele descrita, sendo irrelevante sua *causa debendi.* O credor, para cobrar a importância discriminada no título, sequer precisa declinar a relação material que deu origem à dívida. Ademais disso, via de regra a *causa debendi* nem mesmo pode ser discutida pelo devedor do título, o que somente é admitido em situações excepcionais.

Consoante entendimento firmado no seio jurisprudencial, mesmo após decorrido o lapso prescricional – que é, no total, de sete meses a contar da data da emissão, quando emitido na mesma praça do pagamento –, se interposta ação visando à cobrança do cheque em até 02 (dois) anos após o final do prazo da ação executiva (art. 61 da Lei Cheque), o título não perde sua natureza cambial, de forma que, para a propositura da ação de cobrança em casos tais, também se afigura desnecessária a declinação da *causa debendi* pelo credor. A esse respeito, vejam-se os precedentes que seguem:

> "AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE PRESCRITO. (I)LEGITIMIDADE ATIVA. *CAUSA DEBENDI*.
> O cheque, enquanto não prescrito, é título executivo extrajudicial, certo, líquido e exigível, autorizando processo de execução. **Prescrito, mas não decorrido o prazo de dois anos (art. 61 da Lei nº 7357/85), autoriza ação**

> **de natureza cambial, dispensando a discussão sobre *causa debendi***, que tanto pode ser promovida pelo rito comum (ordinário ou sumário) ou pelo procedimento especial da ação monitória. Além desse prazo bienal, o cheque perde totalmente suas características, transformando-se tão somente em prova escrita. Caso em que existente endosso em branco no título, o que legítima a parte autora. **Considerando que o ajuizamento da demanda se deu quando presente a cambiariedade do título, desnecessária se faz a declinação, pelo autor, da "causa debendi"**. APELAÇÃO PROVIDA, POR MAIORIA." (TJ/CE, AC nº 70048989768, 17ª Câmara Cível, Relª. Desª. Elaine Harzheim Macedo, j. 05.07.2012)
>
> "AÇÃO MONITÓRIA. CHEQUES PRESCRITOS. *CAUSA DEBENDI*. DISCUSSÃO. DESNECESSIDADE. ART. 333, II, CPC.
> 1. **Nas ações monitórias lastreadas em cheque prescrito, dentro do prazo de 02 anos previsto no art. 61 da Lei do Cheque, ainda que tenha perdido a sua força executiva, remanesce a sua natureza cambiária, razão porque desnecessária a prova da *causa debendi***.
> 2. Embora esteja o autor da ação monitória, segundo pacífica orientação do Superior Tribunal de Justiça, dispensado de comprovar o fato que deu origem à dívida fundada em cheque prescrito, nada impede que pretenda o réu, opostos regularmente os embargos, discuti-lo, incumbindo-se do ônus da sua demonstração.
> 3. O apelante não comprovou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Ônus da prova que incumbe a quem o alega, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC.
> 4. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA." (TJ/CE, AC nº 72075647200080600011, 3ª Câmara cível, Rel. Des. Washington Luís Bezerra de Araújo, j. 09.05.2011)
>
> "CHEQUES PRESCRITOS. **AÇÃO DE COBRANÇA** AJUIZADA DENTRO DO PRAZO DA AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. ***CAUSA DEBENDI***. DISCUSSÃO. DESNECESSIDADE. LEI DO CHEQUE.
> **Embora o autor tenha denominado a ação como de cobrança, ajuizou-a dentro do prazo da ação de locupletamento prevista no art. 61 da Lei nº 7.357/85. Nas ações lastreadas em cheque prescrito, dentro do prazo de 02 anos (art. 61, Lei do Cheque), ainda que tenha perdido a sua força executiva, remanesce a sua natureza cambiária, razão porque desnecessária a prova da *causa debendi***. O réu-apelante não comprovou fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Prova que incumbe a quem o alega, nos termos do art. 333, inciso II, do CPC. Apelo improvido." (TJ/RS, AC nº 70037914272, 19ª Câmara Cível, Rel. Des. Guinther Spode, j. 22.03.2011)

O caso vertente se encaixa na situação acima descrita, pois o cheque, emitido em 05.07.1996, prescreveu em 05.02.1997, e a ação foi ajuizada em 16.12.1997, ou seja, dentro do prazo bienal de que trata a Lei do Cheque. Em sendo assim, embora se trate de cheque prescrito, a natureza cambial do título cobrado nos autos foi preservada, de modo que o autor da ação não precisava declinar a origem da dívida para proceder à

cobrança, diversamente do que sustentado pelo devedor ora recorrente.

Não obstante estivesse desobrigado de prestar esclarecimentos sobre a *causa debendi*, em sede de audiência o promovente afirmou que a dívida era proveniente da venda de material de construção e aluguel de telefone ao requerido, o qual, por sua vez, asseverou que na verdade o valor exigido decorria de empréstimo tomado junto ao demandante, acrescido de juros exorbitantes, caracterizadores da prática de agiotagem.

Observo que, a despeito de em regra não ser possível a discussão da *causa debendi* do cheque, na hipótese dos autos, em que não houve circulação da cambial, essa possibilidade é excepcionalmente admitida, podendo o devedor opor ao credor todas as exceções que lhe são pessoais. Isso porque, em não havendo circulação, não há que se falar em abstração, ou seja, o título não se desvincula da causa que lhe deu origem. Sobre o tema, vejamos:

> "PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. COMISSÃO DE CORRETAGEM. NEGÓCIO IMOBILIÁRIO. CELEBRAÇÃO DE CONTRATO DE CESSÃO E TRANSFERÊNCIA DE IMÓVEL. PAGAMENTO DE SINAL. POSTERIOR ARREPENDIMENTO DO COMPRADOR. RESCISÃO DO CONTRATO. AUSÊNCIA DE CULPA DA CORRETORA. COMISSÃO DEVIDA. RECURSO NÃO-PROVIDO.
> 1. A execução movida por ora recorrida em face de ora recorrente está amparada em cheque emitido por este em favor daquela, a título de pagamento de comissão de corretagem, no valor de R$ 8.000,00. Nos embargos à execução, o executado, ora recorrente, refutou a exigibilidade do referido título de crédito, sob o fundamento de que o negócio jurídico, ao qual está vinculado, não se concluiu.
> 2. **O cheque ostenta a natureza de título de crédito, portanto, é não-causal (CPC, art. 585, I), ou seja, em decorrência de sua autonomia e abstração, não comporta discussão sobre o negócio jurídico originário. Entretanto, se o cheque não houver circulado, estando, pois, ainda atrelado à relação jurídica originária estabelecida entre seu emitente (sacador) e seu beneficiário (tomador), é possível que se discuta a *causa debendi*.**
> 3. Na hipótese em exame, conforme consta do v. aresto hostilizado, não houve circulação do cheque emitido e, a seguir, sustado. É, portanto, devida a oposição de exceções pessoais ao cumprimento da ordem de pagamento contida no referido título de crédito.
> (...)
> 8. Recurso especial a que se nega provimento." (STJ, REsp 1228180/RS, 4ª Turma, Rel. Ministro Raul Araújo, j. 17.03.2011)

> "APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CHEQUES. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO. CAUSA SUBJACENTE. POSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO. DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO. DIREITO DO CREDOR. FATO IMPEDITIVO. INEXIGIBILIDADE DOS TÍTULOS DE CRÉDITO. SENTENÇA MANTIDA.

> "**Inexistindo circulação do título cambial no caso, cheque é possível a discussão de sua *causa debendi*, com a relativização dos princípios da cartularidade, literalidade e abstração, sendo oportuna eventual investigação do negócio subjacente, celebrado entre emitente e favorecido, que originou a emissão da cártula**" (TJPR - 14.ª C.Cível - ac 740273-9 - Santa Helena - Rel.: Edgard Fernando Barbosa - Unânime - J. 1º/2/2012) A exceção de contrato não cumprido constitui fato impeditivo do direito de o credor exigir a prestação estabelecida em seu favor. Apelação conhecida não provida." (TJ/PR, AC nº 847.577-2, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Fábio Haick Dalla Vecchia. j. 06.06.2012)
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INÉPCIA DA INICIAL. INOCORRÊNCIA. CHEQUE PRESCRITO SEM CIRCULAÇÃO. DISCUSSÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO SUBJACENTE. OBJETO ILÍCITO. EMPRÉSTIMO. AGIOTAGEM. COBRANÇA DE JUROS EXTORSIVOS. NULIDADE ABSOLUTA DO NEGÓCIO.
> I. PRELIMINARES. 1. CERCEAMENTO DE DEFESA. Correto o julgamento antecipado do feito, porquanto o Juízo *a quo* oportunizou às partes que se manifestassem sobre as provas que pretendiam produzir, restando o réu silente, de modo a operar-se a preclusão, a teor dos artigos 183, *caput*, e 185, do CPC. Precedente do STJ.
> 2. INÉPCIA DA INICIAL. Não há falar em necessidade de declinação, no bojo da inicial, da causa jurídica que deu origem à emissão do cheque objeto da presente ação de cobrança, pelo que afastada a alegação de inépcia da inicial.
> II. MÉRITO. 3. AGIOTAGEM. **Ausente a circulação, não há que se falar em abstração do título, ou seja, em desvinculação do ato ou negócio jurídico que deu ensejo à sua criação, sendo possível discussão acerca da *causa debendi***.
> 4. Objeto ilícito do negócio jurídico que deu causa a emissão dos títulos de crédito, consubstanciado na prática da cobrança de juros extorsivos, o que é vedado pela Lei da Usura (Dec. 22.626/33), impondo-se o reconhecimento da inexigibilidade da cártula em cobrança, decorrente de sua invalidade, a teor do que estabelece o art. 11 do diploma legal precitado.
> (...)
> 9. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Sucumbência redistribuída. DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME." (TJ/RS, AC nº 70029899713, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Odone Sanguiné, j. 30.09.2009)

Pois bem, a discussão da *causa debendi* no caso dos autos era possível, entretanto, uma vez invocado pelo promovido fato impeditivo do direito do autor, no caso a suposta prática de agiotagem, incumbia-lhe comprovar o quanto alegado, ou seja, que o cheque fora emitido para pagamento de empréstimo contraído junto ao demandante, acrescido de juros extorsivos. No entanto, não logrou êxito em sua tentativa. Embora as testemunhas que arrolou tenham afirmado que o Sr. Bosco pediu R$ 10.000 emprestados ao Sr. Luiz, não há prova alguma seja da existência concreta desse empréstimo, seja da cobrança de juros ilegais, seja de que o cheque cobrado correspondia ao seu pagamento.

Os cheques que fez juntar aos autos também não se prestam a comprovar sua tese, até porque se tratam de títulos ao portador, ou seja, não indicam o beneficiário. O mesmo se diga dos canhotos que trouxe aos fólios, que apenas indicam a emissão de alguns cheques em favor do autor, mas não se prestam a comprovar qual teria sido sua causa. Embora nos canhotos de fls. 88 e 90 esteja anotado como valor do cheque R$ 900 referentes a juros, não há como saber a que tipo de negócio esses juros dizem respeito, até porque, segundo afirmou o demandado em sua contestação, o valor que teria pago por muito tempo a título de juros seria da ordem de R$ 3.000.

A circunstância de ser o requerido analfabeto ou não em nada macula a dívida exigida, pois se trata de um comerciante, maior de idade, e que livre e espontaneamente assinou a cambial cobrada, tanto que **não questionou a formação do título, mas apenas o valor exigido**. Se o Sr. Adalton assinava cheques em seu próprio nome ou se preenchia títulos assinados pelo demandado, o fazia com expressa autorização contida em procuração que o próprio Sr. Bosco lhe outorgou, sendo tal fato desimportante para a resolução da causa.

Quanto à declaração de fls. 110, o próprio requerido reconheceu como sendo sua a assinatura nele constante, e, embora haja alegado desconhecer o seu teor, não logrou desconstituir sua validade, o que era ônus seu. Com efeito, de acordo com a dicção do art. 368, do Digesto Processual Civil, as "*declarações constantes do documento particular, escrito e assinado, ou somente assinado, presumem-se verdadeiras em relação ao signatário*". Por sua vez, o art. 389, inciso I, do mesmo diploma dispõe que, quando se tratar de falsidade de documento, o ônus da prova incumbe a quem o arguir.

Note-se que a circunstância de referida declaração estar datada de 27 de junho de 1996 e a data no cheque ser 05.07.1996 não implica na existência de "*incrível confissão antes da dívida*". Como é cediço, embora o cheque constitua ordem de pagamento à vista, é comum no âmbito comercial que ele seja pré-datado, ou seja, que nele seja aposta data posterior à da sua real emissão. Sendo assim, o fato de o cheque cobrado estar datado de 05.07.1996 não significa que somente foi emitido nessa data.

Por derradeiro, no que diz respeito à alegada necessidade de o autor provar o fornecimento de material de construção na quantia cobrada, é descabida. Ora, se o autor sequer precisava mencionar a *causa debendi*, não estava obrigado a produzir prova da realização do negócio jurídico realizado com o acionado. A este é que incumbia alegar e provar fato que impedisse, modificasse ou extinguisse o direito do requerente, o que não ocorreu.

Se o ônus da prova era do promovido, e se este não se desincumbiu de seu dever, a procedência do pleito de cobrança é medida que se impõe. Não é em outro sentido o entendimento jurisprudencial:

> "APELAÇÃO. MONITORIA. CHEQUE NOMINAL. ENDOSSO. EXISTENTE. LEGITIMIDADE ATIVA CONFIGURADA. AGIOTAGEM. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. NÃO

PACTUADA. IGPM. JUROS DE MORA. ART. 406 DO CC.
1. A portabilidade do cheque possui o condão de legitimar o demandante, posto ter ocorrido o endosso. Logo, houve a transmissão da titularidade do título, por instrumento hábil.
2. **Segundo o art. 333 do CPC: "O ônus da prova incumbe: II - ao réu, quando à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.". Desta feita, como inexistem nos autos provas capazes de elidir a liquidez, certeza e exigibilidade do cheque, é de se afastar por completo a alegada prática de agiotagem**.
3. Alteração, *ex officio*: CORREÇÃO MONETÁRIA. *In casu*, tratando-se de monitória, aparelhada por cheque não pago. Incide a tese do REsp. 49.716. Devendo a correção tomar como termo inicial a data em que se venceu o cheque; JUROS DE MORA. Quanto ao termo inicial dos juros de mora, tratando-se de responsabilidade contratual, incidem a partir da citação, conforme precedentes do colendo STJ.
4. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (TJ/CE, AC nº 358844920038060000, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Jucid Peixoto do Amaral, j. 30.11.2011)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXIGÊNCIA DE DEMONSTRATIVO ATUALIZADO DE DÉBITO. ARTIGO 614, II, DO CPC. DESNECESSIDADE. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL REJEITADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. CHEQUE. *CAUSA DEBENDI*. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS DA PRÁTICA DE AGIOTAGEM. ARTIGO 333, I, DO CPC.
(...)
4. Dispõe o artigo 25 da Lei do Cheque (Lei nº 7.357/85): "Quem for demandado por obrigação resultante de cheque não pode opor ao portador exceções fundadas em relações pessoais com o emitente, ou com os portadores anteriores, salvo se o portador o adquiriu conscientemente em detrimento do devedor."
5. **Embora o apelante sustente serem os cheques oriundos de agiotagem e cobrados com juros exorbitantes, não acostou aos autos qualquer documento capaz de comprovar tais fatos, a teor do artigo 333, I, do CPC, o qual estabelece que o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito**.
6. Recurso conhecido e não provido. Sentença confirmada." (TJ/CE, AC nº 305755200080600431, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho, j. 14.12.2011)

"APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO CÔNJUGE E BEM DE FAMÍLIA. REJEITADAS. PRESENTES OS REQUISITOS DOS ARTIGOS 585 E 586, DO CPC. ALEGAÇÃO DE PRÁTICA DE AGIOTAGEM. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. ÔNUS DO AUTOR. ARTIGO 333, I, DO CPC. AFIRMATIVA NÃO COMPROVADA. TÍTULO LÍQUIDO, CERTO E EXIGÍVEL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

(…)
3 - **Afirmando a parte que o título tem origem ilícita, incumbe a ela provar de forma clara e inconteste suas alegações com provas robustas e convincentes a respeito.**
4 - Não tendo o embargante se desincumbido do ônus probatório imposto pelo art. 333, I, do Código de Processo Civil, deixando de apresentar prova das alegações de que o título exeqüendo decorreria de prática de agiotagem, permanece o mesmo íntegro e perfeito.
5 - Diante da literalidade, abstração e da autonomia do título, o portador nada precisa provar com relação à sua origem, pois prevalece a presunção legal de legitimidade do título cambiário.
6 - Recurso Apelatório conhecido para rejeitar as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhe provimento, mantendo a sentença em todos os seus termos". (TJ/CE, AC nº 78134687200080600011, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Celso Albuquerque Macedo, j. 14.09.2009)

"APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CHEQUE. ALEGAÇÃO DE AGIOTAGEM. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.
(…)
2. O cheque constitui-se em uma ordem de pagamento, não possuindo natureza causal. Em outras palavras, sua simples emissão gera para o emitente a obrigação do pagamento da importância nele descrita, sendo irrelevante o fato que lhe deu ensejo.
3. **As provas apresentadas pelo apelante e as produzidas durante a instrução não foram suficientes para comprovar as alegações de que a relação que dera origem ao título objeto da demanda envolveria prática de agiotagem. Assim, não tendo se desincumbido do ônus probatório, não se verifica circunstância que desconstitua o título executivo extrajudicial apresentado pelo credor**. - Apelação conhecida e improvida. - Sentença mantida. - Unânime." (TJ/CE, AC nº 472152820038060000, 4ª Câmara Cível, Relª Desª. Maria Iracema Martins do Vale, j. 22.04.2009)

"AÇÃO DE COBRANÇA - CHEQUES PRESCRITOS - DESCRIÇÃO DA *CAUSA DEBENDI* - DESNECESSIDADE - **PRÁTICA DE AGIOTAGEM - NÃO COMPROVAÇÃO** - ÔNUS DA PROVA - ART. 333, II, DO CPC - PEDIDO JULGADO PROCEDENTE - RECURSO IMPROVIDO. Optando o credor, para a satisfação de seu crédito, pelo caminho da ação de cobrança, estará dispensado de deduzir a *causa debendi* do cheque prescrito, se a ação vier a ser proposta até dois anos após o decurso do prazo previsto no artigo 59 da Lei 7.357/85.
O Código de Processo Civil em vigor reparte igualmente entre as partes o ônus de produzir prova dos fatos por elas alegados (art. 333).
Daí resulta que, **uma vez invocado pela ré fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, daquela é o ônus de prová-lo, nos termos do inciso II do mencionado artigo do estatuto processual, suportando, entretanto, as consequências da derrota, ante a ausência da prova que deveria produzir**." (TJ/MG, AC nº 467.577-0, 3ª Câmara Cível, Relª. Desª. Selma Marques, j. 02.03.2005)

"APELAÇÃO CÍVEL - **AÇÃO DE COBRANÇA - CHEQUE**

> **PRESCRITO** - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA - REJEIÇÃO - **AGIOTAGEM** - NÃO COMPROVAÇÃO - PROCEDÊNCIA DO PEDIDO - CORREÇÃO MONETÁRIA - TERMO INICIAL.
> - Tendo a parte se quedado inerte ante a determinação de especificação de provas, restou preclusa sua oportunidade de produzir quaisquer provas, mormente quando os elementos dos autos são suficientes ao deslinde da causa.
> - Para que se aplique a inversão do ônus da prova prevista na Medida Provisória n. 2172/32, **os autos têm que conter, ao menos, indícios da prática de agiotagem e não meras alegações do devedor**.
> - **Constitui ônus da parte ré a prova do fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação. Não restando comprovada a prática da agiotagem, se impõe a procedência do pedido de cobrança de cheque prescrito**.
> - Para que se preserve o poder aquisitivo da moeda, a correção monetária deve incidir a partir do vencimento da dívida." (TJ/MG, AC nº 1.0002.10.001858-5/00, 14ª Câmara Cível, Rel. Des. Valdez Leite Machado, j. 08.03.2012)

Ante as razões delineadas, conheço da apelação e lhe nego provimento.

É como voto.

Fortaleza/CE, 04 setembro de 2012.

Apelação Cível nº 0577975-02.2000.8.06.0001
Apelante: L.C. PEÇAS E SERVIÇOS LTDA.
Apelado: MILTINTAS – DISTRIBUIDORA DE TINTAS AUTOMOTIVAS
Relator: Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Órgão julgador: 7ª Câmara Cível

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXISTÊNCIA DE PEDIDOS RECURSAIS NÃO DEDUZIDOS NOS EMBARGOS. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO EM SEDE RECURSAL. PRINCÍPIO DA ESTABILIDADE OBJETIVA DA DEMANDA. NÃO CONHECIMENTO QUE SE IMPÕE. CONFISSÃO DE DÍVIDA. NOTAS PROMISSÓRIAS EMITIDAS EM GARANTIA DO PAGAMENTO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. LIQUIDEZ, CERTEZA E EXIGIBILIDADE QUE SE FAZEM PRESENTES. INEXISTÊNCIA DE MÁCULA A SER AFASTADA. IMPUGNAÇÃO ABSTRATA DO VALOR COBRADO. DESCABIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. É vedado ao órgão jurisdicional, mercê da obediência devida ao princípio da estabilidade objetiva da demanda, e sob pena de supressão de instância e de ofensa aos postulados do contraditório e da ampla defesa, pronunciar-se sobre pedido que não foi deduzido na inicial.

2. A alegada ausência de liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, não procede. A importância exigida no processo executivo corresponde à soma dos valores das quatro notas promissórias que instruíram a inicial, acrescida dos juros e correção monetária, tendo o exequente informado a taxa de juros e o índice de correção que utilizou na atualização do débito. Por seu turno, a certeza da obrigação, advém dos títulos (notas promissórias) carreados aos autos, cuja autenticidade não foi impugnada pelos embargantes, que admitiram ter negociado com o ora apelado. Já a exigibilidade decorre da falta de pagamento do valor devido na data aprazada, que em momento algum foi negada pelos agora recorrentes.

3. Embora os recorrentes aduzam que não aceitam como verdadeiros os valores apontados como devidos na confissão de dívidas e nas notas promissórias, deixam de explicar o porquê, e, principalmente, não indicam qual seria a importância que entendem dever, conduta inaceitável. De igual modo a alegação de que a confissão de dívida "não corresponde com a verdadeira negociação feita pelas partes" não veio acompanhada de qualquer explicação acerca de qual seria a "verdadeira negociação".

4. Uma vez que não lograram os embargantes comprovar a

existência de qualquer mácula nos títulos que instruem a execução, ou de excesso do valor executado, escorreito o julgamento de improcedência dos embargos.
5. Apelação conhecida parcialmente e desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível autuada sob o nº 0577975-02.2000.8.06.0001, em que figuram as partes acima referidas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer parcialmente do apelo e, na parte conhecida, negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza, 26 de junho de 2012.

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de Apelação em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 11ª Vara Cível de Fortaleza, em ação de Embargos à Execução proposta por L.C PEÇAS E SERVIÇOS LTDA em face de MILTINTAS – DISTRIBUIDORA DE TINTAS AUTOMOTIVAS LTDA, nos autos do processo número nº 0577975-02.2000.8.06.0001.

Adoto em parte o relatório da decisão recorrida de fls. nº 94-96.

> "L.C PEÇAS E SERVIÇOS LTDA, qualificada nos autos, interpôs os presentes EMBARGOS À EXECUÇÃO contra MILTINTAS – DISTRIBUIDORA DE TINTAS AUTOMOTIVAS LTDA, também qualificada, aduzindo, em síntese: que a petição é inepta, pelo fato de não ter a exequente especificado se a execução seria das notas promissórias, do contrato ou de ambos, pugnando pela extinção do feito, sem julgamento do mérito; que a embargada não estaria regularmente representada em Juízo; que há excesso de execução; que não foram emitidas Notas Fiscais dos produtos vendidos; tendo a embargante sido iludida pela embargada; que a Confissão de Dívida é nula, posto não preencher os requisitos legais; que a exequente é carecedora da ação.
> Com o pedido juntou os documentos de fls. 07/09.
> Impugnado os embargos, a embargada aduziu, também em síntese: que os embargos seriam intempestivos, por terem sido interpostos 4 (quatro) dias após decorrido o prazo; que a inicial não se ajusta às hipóteses previstas no § único do art. 295, estando, pois, em termos; no mérito, alega que as Notas Promissórias que embasam a execução são líquidas, certos e exigíveis; que "vendeu e entregou os embargantes os produtos por eles utilizados na pintura de veículos".
> No mais, selecionando farta jurisprudência sobre a matéria em discussão, propugna pela improcedência da ação.

> Instruem a impugnação os documentos de fls. 24/27."

Sobreveio a parte dispositiva da sentença, às fls. nº 94-96, onde o MM. Juiz, no referido *decisum,* assim manifestou-se:

> "Ante o exposto, julgo improcedente os embargos, declaro subsistente a penhora e condeno a embargante nas custas processuais e honorários advocatícios, que, a teor do art. 20, § 3º, do Código de Ritos, fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa.
> Prossiga-se na execução.
> P.R.I"

L.C. PEÇAS E SERVIÇOS LTDA interpôs recurso de apelação fls. 101-109, no qual elenca os seguintes argumentos que fundamentam seu pleito: **a)** O documento que embasa a ação não possui os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade, necessários ao título executivo ; **b)** Os valores apontados pelo apelado não foram aceitos pelo recorrente e o valor do contrato, das notas promissórias e a forma de atualização são desconexos com a legislação; **c)** Não tendo outra maneira de legalizar a venda, o apelado iludiu os Recorrentes, com promessas falsas, a assinarem uma confissão de dívida, que não corresponde com a verdadeira negociação feita pelas partes; **d)** Deve ser excluída a a capitalização de juros; **e)** O correto índice de correção a ser utilizado é o IGP-M.

MILTINTAS – DISTRIBUIDORA DE TINTAS AUTOMOTIVAS LTDA apresentou contrarrazões às fls. nº 113-122 e expôs a seguinte argumentação: **a)** O valor do crédito é determinado nos autos, devendo este ser atualizado com a aplicação dos juros previstos em lei; **b)** É inconteste a existência dos títulos executados; **c)** Não há vício de consentimento presente no Termo de Confissão; **d)** Os Embargos à Execução são meramente protelatórios; **e)** A decisão monocrática deve ser mantida.

Foram rejeitadas as propostas conciliatórias lançadas por ambas as partes.

Após o narrado, vieram-me conclusos os autos.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

Tratam os autos de apelação interposta por L.C. PEÇAS E SERVIÇOS LTDA. contra decisão do Juízo da 11ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que julgou improcedentes seus Embargos à ação de Execução ajuizada por MILTINTAS – DISTRIBUIDORA DE TINTAS AUTOMOTIVAS LTDA.

Uma vez que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade recursal insertos nos artigos 506 e 514 do Código de Processo Civil, conheço do apelo, mas parcialmente, pelos motivos que passo a delinear.

É que, no que diz respeito aos pleitos pertinentes a (1) limitação de juros, (2) vedação da capitalização, e (3) afastamento da TR, não merecem conhecimento, haja vista que não foram arguidos na inicial dos embargos, consubstanciando evidente e inaceitável inovação em sede recursal.

É cediço que quem limita a extensão da atividade jurisdicional é o autor, ao deduzir sua pretensão por meio da petição inicial, devendo, por força do princípio da congruência, haver estreita correlação entre o pedido e a sentença. Significa dizer que é terminantemente vedado ao juiz decidir aquém (*citra* ou *infra petita*), além (*ultra petita*) ou fora (*extra petita*) do pleito inaugural. É o que resulta da dicção dos arts.128 e 460 do CPC:

> "Art. 128, CPC. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, **sendo-lhe defeso conhecer de questões não suscitadas**, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte."
>
> "Art. 460, CPC. **É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida**, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado."

Pois bem, a regra da congruência também se aplica aos Tribunais, que somente podem decidir sobre o que lhes for pedido, mas desde que as questões alegadas em sede recursal também hajam sido suscitadas e discutidas no processo (art. 515, §1º), sob pena de supressão de instância e de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Com efeito, ao autor só é lícito promover a alteração dos elementos objetivos da demanda (pedido e causa de pedir) antes da citação do réu. Após esse momento, poderá ainda aditar seu pedido ou causa de pedir, mas desde que haja expressa anuência do réu, o qual terá nova oportunidade de resposta. Todavia, uma vez saneado o feito, o Digesto Processual Civil veda expressamente qualquer alteração ou substituição, ainda que com o consentimento do réu. É o que se chama de princípio da estabilidade objetiva da demanda, previsto no art. 264 do CPC, redigido nos seguintes termos:

> "Art. 264, CPC. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei.
> Parágrafo único - A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo."

Ora, se se afigura inviável inovar/aditar o pedido após o saneamento do feito, o que se dirá de pleitos apenas deduzidos na via recursal?

Nesse sentido são os ensinamentos de Rodrigo Barioni:

> "...**não é lícito ao apelante alterar a causa de pedir ou o pedido no juízo de apelação**. Apesar de a apelação iniciar novo procedimento,

> não significa que há nova relação processual. Ao contrário, a inovação procedimental criada pela apelação ocorre dentro do mesmo processo em que foi proferida a sentença impugnada e, **como fase distinta desse processo, não tem o condão de alterar os limites da lide estabelecidos no primeiro grau**. Em outras palavras, como a res in iudicium deducta é determinada definitivamente em primeiro grau; o procedimento recursal é apenas continuação. Vale dizer, o projeto da apelação deve ficar situado dentro dos limites da lide.
> (…)
> A proibição do novum iudicium, ensina Nicola Giudiceandrea, '**encontra fundamento no princípio do duplo grau de jurisdição, que seria violado se em segundo grau fosse modificada a essência da controvérsia, isto é, se o juízo de apelação pudesse decidir sobre relações substanciais não propostas ao exame do primeiro juízo**'." (Efeito Devolutivo da Apelação Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, ps. 139 e 142)

Também sobre a impossibilidade de inovação em sede recursal, confira-se a lição de Nelson Néri Junior e Rosa Maria de Andrade Néri:

> "(...) o efeito devolutivo da apelação faz com que seja devolvido ao tribunal ***ad quem*** o conhecimento de toda a matéria efetivamente impugnada pelo apelante nas suas razões de recurso. (...). A limitação do mérito do recurso, fixada pelo efeito devolutivo, tem como conseqüências: a) a limitação do conhecimento do tribunal que fica restrito à matéria efetivamente impugnada (***tantum devolutum quantum apellatum***); b) proibição de inovar em sede de apelação (proibição de modificar a causa de pedir ou o pedido)." (Código de Processo Civil Comentado. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 741)

O Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado sobre o tema:

> "PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. IMPOSTO DE RENDA. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ACOLHIMENTO DO CÁLCULO APRESENTADO PELA FAZENDA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE LIMITAÇÃO TEMPORAL NÃO CONTEMPLADA NA SENTENÇA EXEQUENDA. INOVAÇÃO RECURSAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. VÍCIO NÃO EVIDENCIADO. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.
> (…)
> Frise-se que **a mencionada causa de pedir constitui questão nova não discutida junto à primeira instância, razão pela qual não há como invocar seu conhecimento com base no efeito devolutivo da apelação, que, embora amplo, está adstrito às "questões suscitadas e discutidas no processo**" (art. 515, § 1º, do CPC).
> (...)" (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1043599/RS, 1ª Turma, Relª. Ministra Denise Arruda, Rel. p/ Acórdão Ministro Benedito Gonçalves, j. 02.03.2010)

> "PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. MULTA. APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA. INOVAÇÃO DO PEDIDO EM SEDE DE APELAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> I – É o autor que fixa, na petição inicial, os limites da lide, sendo que o julgador fica adstrito ao pedido, juntamente com a causa de pedir, sendo-lhe vedado decidir aquém (citra ou infra petita), fora (extra petita) ou além (ultra petita) do que foi pedido, nos termos do artigo 460 do CPC.
> II – **Se o julgador de primeiro grau fica adstrito ao pedido, também é vedado ao Tribunal, em sede de apelação, decidir fora dos limites da lide recursal**." (STJ, REsp 658.715-RS, 1ª Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 21.10.04)

Não é em outro sentido o entendimento deste Tribunal alencarino:

> "AÇÃO ORDINÁRIA - CRÉDITO RURAL - INOVAÇÃO RECURSAL - NÃO CONHECIDO O RECURSO.
> 1 - **Não se manifestou o Juíza de planície acerca das questões aqui apresentadas pelo simples fato de que tais matérias não foram arguidas pelo ora recorrente, de maneira que trazê-las à apreciação apenas na Apelação, configura, explicitamente, inovação recursal, o que afronta o artigo 515, *caput* e §1º, do Código de Processo Civil**, vez que tal dispositivo é peremptório ao impor ao Tribunal a devolução, apenas, das matérias impugnadas e das questões que, embora discutidas no processo, não tenham sido julgadas por inteiro na sentença, o que não ocorre no recurso em apreciação.
> 2 - **Caracterizada a inovação recursal, e, não tendo o autor comprovado que deixou de arguir as questões aqui reclamadas por motivos de força maior, conforme dispõe o artigo 517 do Código de Ritos, é inviável o conhecimento do recurso sob pena de ofensa aos princípios do duplo grau de jurisdição e do devido processo legal**.
> 3 - Apelação não conhecida." (TJ/CE, AC nº 63092200580601781, 6ª Câmara Cível, Relª. Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de Registro: 05.10.2011)

> "ORDINÁRIA DE COBRANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. ALEGAÇÃO DA VIA ELEITA INADEQUADA SOB O ARGUMENTO DE SER O TÍTULO ILIQUIDO, INCERTO E INEXIGÍVEL. ACORDO FIRMADO SOB A VIGÊNCIA DO § 3º DO ARTIGO 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DE JUROS INFERIORES À 12% AO ANO, EM RESPEITO AO PRINCIPIO DA IRRETROATIVIDADE. **MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS E DISCUTIDAS NO PROCESSO. VEDAÇÃO DE □INOVAÇÃO RECURSAL**. JUROS PACTUADOS. SUBMISSÃO À TAXA DE MERCADO. PRECEDENTES DESTA CORTE. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Como se sabe, s**erão devolvidas ao juízo *ad quem*, somente as questões suscitadas e discutidas no processo, nos termos do § 1º do artigo 515 do CPC, não cabendo, em sede de apelação, a apresentação de novas**

> **discussões, sob pena de se permitir a inovação recursal, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio**, salvo se comprovado que a parte deixou de apresentá-las por motivo de força maior, conforme disposto no artigo 517 do CPC, o que não ocorreu no caso em tela. Precedentes desta Corte.
> 2. Os juros, convencionados no contrato, não discrepam da média cobrada pelo mercado, devendo, portanto, ser mantida a taxa pactuada.
> 3. Recurso conhecido em parte e, nessa parte, não provido." (TJ/CE, AC nº 61394733200080600011, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, j. 13.06.2011)

Desse modo, caracterizada a inovação recursal, conheço apenas parcialmente do apelo.

Na parte conhecida, verifico que não merece provimento a insurgência dos recorrentes.

A alegada ausência de liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação, não procede. Ora, a importância exigida no processo executivo corresponde à soma dos valores das quatro notas promissórias que instruíram a inicial (fls. 12/13), acrescida dos juros e correção monetária, tendo o exequente informado, às fls. 14, a taxa de juros e o índice de correção que utilizou na atualização do débito. Extreme de dúvidas, portanto, que se cogita de obrigação líquida.

Por seu turno, a certeza da obrigação, advém dos títulos (notas promissórias) carreados aos autos, cuja autenticidade não foi impugnada pelos embargantes, que admitiram ter negociado com o ora apelado. Já a exigibilidade decorre da falta de pagamento do valor devido na data aprazada, que em momento algum foi negada pelos agora recorrentes.

Os documentos de "*elaboração unilateral*" a que se reportam os apelantes são um contrato de confissão de dívida e notas promissórias devidamente assinados pelo representante da empresa executada. Embora os recorrentes aduzam que não aceitam como verdadeiros os valores apontados nestes documentos como devidos, deixam de explicar o porquê, e, principalmente, não indicam qual seria a importância que entendem dever, conduta inaceitável. De igual modo a alegação de que a confissão de dívida "*não corresponde com a verdadeira negociação feita pelas partes*" não veio acompanhada de qualquer explicação acerca de qual seria a "verdadeira negociação".

Pois bem, uma vez que não lograram os embargantes comprovar a existência de qualquer mácula nos títulos que instruem a execução, ou de excesso do valor executado, escorreito o julgamento de improcedência dos embargos.

À vista dos argumentos expendidos, conheço parcialmente do apelo e, na parte conhecida, nego-lhe provimento, mantendo irretocada a sentença vergastada.

É como voto.

Apelação Cível nº 607613-80.2000.8.06.0001/1
Apelante: Nazicélia Maria da Costa Linhares
Apelada: Nazicélia Maria da Costa Linhares
Apelante: Alberto Nogueira Júnior Ltda.
Apelado: Alberto Nogueira Júnior Ltda.
Local de origem: 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
Ação de origem: Reparação de Danos
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REPARAÇÃO DE DANOS. SENTENÇA. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. PRELIMINAR AFASTADA. CONTRATO DE CONSIGNAÇÃO OU ESTIMATÓRIO. POSTERIOR FURTO DO VEÍCULO. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. NEGLIGÊNCIA DA CONSIGNATÁRIA. OBRIGAÇÃO DE PAGAR O PREÇO DO BEM. LUCROS CESSANTES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1. As razões do convencimento do Juízo de origem, apesar de sucintas, mostram-se presentes na decisão em estudo, o que afasta a possibilidade de anulação do julgado.

2. As partes celebraram negócio jurídico que a própria ré reconheceu tratar-se de contrato de consignação, denominado na redação do Código Civil vigente de contrato estimatório (artigos 534/537) mediante o qual o consignatário assume os riscos pela perda ou deterioração da coisa, e se obriga a pagar o preço, mesmo que, sem culpa sua, esteja impossibilitado de restituí-la. 3. Diante da impossibilidade de devolver o veículo à consignante, que, no presente caso, decorreu de culpa da ré, deve a consignatária pagar o valor do bem.

4. Não há comprovação dos efetivos prejuízos sofridos pela autora a título de lucros cessantes, o que impossibilita a alteração da sentença neste aspecto.

5. Nos casos em que houver condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados sobre o valor da condenação, consoante previsão do artigo 20, § 3º, do CPC, e não sobre o valor da causa.

6. Sentença reformada apenas para fixar os honorários advocatícios em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 607613-80.2000.8.06.0001/1, em que figuram as partes retro indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso ajuizado por Nazicélia Maria da Costa Linhares, e DAR PARCIAL PROVIMENTO à apelação interposta por Alberto Nogueira Júnior Ltda., de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Cíveis interpostas por Nazicélia Maria da Costa Linhares e Alberto Nogueira Júnior Ltda. contra sentença proferida pelo juízo da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Reparação de Danos que a primeira ajuizou contra o segundo.

Na exordial, a autora afirma ter entregue seu veículo à empresa ré para que, mediante promessa de pagamento de comissão, efetuasse a venda de seu automóvel pela quantia de R$14.000,00 (catorze mil reais), mas o bem acabou sendo furtado por criminoso que se fez passar por interessado comprador, experimentando a autora prejuízo que aponta ser da ordem de R$40.000,00 (quarenta mil reais).

Por sentença exarada às fls. 138/141 e aclarada à fl. 159, a magistrada de primeiro grau julgou procedente o pleito autoral, condenando a ré ao pagamento de indenização no valor de R$14.000,00 (catorze mil reais), por entender que o furto do veículo da autora decorreu de imprudência e negligência da empresa promovida.

Irresignados com referida decisão, as partes apelaram.

Nas razões recursais de fls. 142/146, a autora pugna pela majoração da verba indenizatória, afirmando que o valor da condenação é insuficiente a ressarcir todo o prejuízo sofrido.

Já a empresa promovida, por meio das razões recursais acostadas às fls. 161/168, requer, preliminarmente, seja declarada a nulidade da sentença, que estende estar carente de fundamentação.

Quanto ao mérito, defende a ausência de nexo de causalidade entre o dano sofrido pela a autora e a conduta da empresa, constituindo-se o furto do veículo da promovente em evento fortuito, alheio ao controle da ré.

Pleiteia ainda, a título alternativo, a reforma da sentença no tocante aos honorários advocatícios, fixando-os em percentual incidente sobre o montante da condenação.

As partes apresentaram contrarrazões, cada uma pugnando pelo improvimento do recurso manejado pela outra (fls. 173/178 e 180/185).

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

Conheço dos recursos, porquanto presentes seus requisitos.

A preliminar suscitada pela ré não prospera.

É tão indispensável a fundamentação das decisões judiciais, como requisito de sua validade, que a positivação desse requisito ganhou status constitucional (CF, art. 93, IX).

Da análise da sentença do Juízo *a quo,* depreende-se que, logo após o relatório, a magistrada passa a expor suas razões de convencimento e a fundamentar sua decisão, deixando claro ter daquela forma decidido por entender que as provas colhidas nos autos demonstram que os danos suportados pela autora decorreram da conduta imprudente e negligente da empresa ré, que não teria se cercado da cautela devida, entregando o veículo da promovente a falso comprador.

Impõe-se reconhecer que as razões do convencimento do Juízo de origem, apesar de sucintas, mostram-se presentes na decisão em estudo, o que afasta a possibilidade de anulação do julgado.

A jurisprudência desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça aponta que não de deve confundir ausência de fundamentação com breve fundamentação.

> "AÇÃO REVISIONAL - JULGAMENTO ANTECIPADO - [1]FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA - APELAÇÃO IMPROVIDA. (*"Omissis"*). 3 - A imposição legal é no sentido de que a decisão seja fundamentada e que sejam estes fundamentos suficientes para a solução do litígio, não havendo que se falar em qualquer mácula da decisão cuja fundamentação, embora sucinta, preencha esses requisitos. 4 - Apelação conhecida e improvida. (Apelação 2692640200480600000, TJCE, 6ª câmara Cível, Relatora: Desa. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA, registro em 06/10/2011)."

> "PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. NULIDADE DE ATO JURÍDICO. REEXAME DE PROVA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO.
> (*"Omissis"*).
> Em verdade, 'o órgão judicial, para expressar a sua convicção, não precisa aduzir comentários sobre todos os argumentos levantados pelas partes. Sua fundamentação pode ser sucinta, pronunciando-se acerca do motivo que por si só, achou suficiente para a composição do litígio' (AgRg no Ag 169073/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 17.08.1998, p. 44).
> Embargos rejeitados. (EDcl no AgRg no Ag 588.380/GO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/03/2008, DJe 24/03/2008)."

Superada a preliminar, passo à análise do mérito.

Não há controvérsia quanto à existência, mesmo que verbal, de acerto entre as partes, mediante o qual a autora entregou veículo de sua propriedade à empresa promovida, que se incumbiria da venda do bem, mediante o pagamento de comissão. Na

verdade, as partes celebraram negócio jurídico que a própria ré reconheceu tratar-se de contrato de consignação, denominado na redação do Código Civil vigente de contrato estimatório (artigos 534/537).

Sob denominação equivocada, o citado contrato é conhecido popularmente como "venda sob consignação", prática habitual antes mesmo do advento do atual Código Civil brasileiro, que não se constituía em prática ilegal

Em contratos dessa natureza, o consignatário recebe a coisa para venda, obrigando-se, no prazo convencionado, a restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante. O consignatário assume também os riscos pela perda ou deterioração da coisa, e se obriga a pagar o preço, mesmo que, sem culpa sua, esteja impossibilitado de restituí-la.

Neste sentido é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "DIREITO COMERCIAL. FALÊNCIA. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE DINHEIRO. ALIENAÇÃO DE MERCADORIAS RECEBIDAS EM CONSIGNAÇÃO ANTES DA QUEBRA. CONTABILIZAÇÃO INDEVIDA PELA FALIDA DO VALOR EQUIVALENTE ÀS MERCADORIAS. DEVER DA MASSA RESTITUIR OU AS MERCADORIAS OU O EQUIVALENTE EM DINHEIRO. SÚMULA 417 DO STF.
> - O que caracteriza o contrato de venda em consignação, também denominado pela doutrina e pelo atual Código Civil (arts. 534 a 537) de contrato estimatório, é que (i) a propriedade da coisa entregue para venda não é transferida ao consignatário e que, após recebida a coisa, o consignatário assume uma obrigação alternativa de restituir a coisa ou pagar o preço dela ao consignante.
> - Os riscos são do consignatário, que suporta a perda ou deterioração da coisa, não se exonerando da obrigação de pagar o preço, ainda que a restituição se impossibilite sem culpa sua.
> ("Omissis").
> Recurso especial ao qual se nega provimento. (REsp 710.658/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/09/2005, DJ 26/09/2005, p. 373)."

Também é fato inconteste que o veículo da autora, já na posse da ré, foi furtado por terceiro, que, apresentando-se como pretenso comprador do carro, envolveu o preposto da ré em uma trama ardilosa, culminando com a subtração do bem.

Da análise dos autos, inclusive da prova testemunhal colhida, não há como afastar a culpa da consignatária pelo furto do veículo pertencente à autora.

Com efeito, não agiu com cautela a ré, que, através de seu preposto, sem realizar qualquer cadastro, ou exigir qualquer identificação do pretenso comprador, permitiu a realização de teste no veículo da consignante, e, em local distante da sede da empresa, desceu do carro e deixou que o estranho, sozinho, permanecesse no interior do veículo, sentado no banco do motorista, com o motor do carro em funcionamento.

Dessa forma, diante da impossibilidade de devolver o veículo à consignante,

que, no presente caso, decorreu de culpa da ré, deve a consignatária pagar o valor do bem.

A autora, por sua vez, pretende ver modificada a sentença para fixar a verba indenizatória em valor superior ao atribuído ao carro, alegando a ocorrência de lucros cessantes. Contudo, não há comprovação dos efetivos prejuízos sofridos a esse título, o que impossibilita a alteração da sentença neste aspecto.

> "PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO INDENIZÁVEL. LUCROS CESSANTES. NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO.
> 1. O dano indenizável a título de lucros cessantes e que interessa à responsabilidade civil é aquele que se traduz em efetiva demonstração de prejuízo, partindo do pressuposto anterior de previsão objetiva de lucro, do qual o inadimplemento impediu a possibilidade concreta de deixar de ganhar algo.
> 2. Recurso especial provido. (REsp 615.203/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 08/09/2009)."

Quanto aos honorários de sucumbência, razão assiste à ré. Nos casos em que houver condenação, os honorários advocatícios devem ser fixados entre 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação, consoante previsão do artigo 20, § 3º, do CPC, e não sobre o valor da causa, como constou na decisão guerreada.

> "CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO CUMULADA COM COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. *("OMISSIS")*. VERBA HONORÁRIA. PERCENTUAL SOBRE A CONDENAÇÃO. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE.
> ("Omissis").
> 4. Nas causas em que há condenação, com base nesse valor devem ser arbitrados os honorários advocatícios e, na fixação do percentual, variável de 10% a 20%, devem ser atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço, conforme preconiza o art. 20, § 3º, "a", "b" e "c", do CPC.
> ("Omissis"). (REsp 1117319/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 02/03/2011)."

Portanto, considerando todo o exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso manejado pela promovente, e dar parcial provimento à apelação ajuizada pela empresa promovida, para reformar a sentença de origem apenas com relação aos honorários advocatícios, fixando-os em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

eza, 09 de maio de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0065681-57.2009.8.06.0001
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BANCO ITAUCARD S/A
APELADA: IRES ALVES DA SILVA LIMA
RELATOR: DES. INACIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. ART. 14 DO CDC. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. CARACTERIZAÇÃO *IN RE IPSA* DOS DANOS. APELO IMPROVIDO.

I - Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Banco apelante contra sentença que julgou procedente a Ação Declaratória de Inexigibilidade c/c Dano Moral condenando este a pagar a quantia de R$ 10.000,00(dez mil reais) a título de danos morais à apelada Inicialmente, insta asseverar que a relação existente entre as partes é, de fato, consumerista, uma vez que o autor/apelado é destinatário final dos serviços oferecidos pela ré e a atividade bancária é considerada serviço para os fins legais. Ademais, o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, inclui, expressamente, a atividade bancária no seu conceito de serviço.

II - Não obstante alegue o Banco que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro, não trouxe aos autos documentos capazes de comprovar que o apelado foi o responsável pela alegada contratação e inadimplência.

III - Derradeiramente, o simples fato de a apelada ter o seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes de forma indevida, por si só, já é motivo suficiente para lhe causar o dano moral, mostrando-se, pois, desnecessária a produção de qualquer prova, no sentido de demonstrar a sua real existência. É entendimento pacífico que nestes casos trata-se de dano moral puro, que independe de prova, já que a mera inscrição indevida gera ofensa a honra e a reputação da pessoa física ou jurídica. Portanto, tendo a apelante incluído o nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, de forma indevida, patente é o dano moral.

IV - Para a correta fixação do *quantum* indenizatório, deverão ser levadas em conta as peculiaridades do caso concreto, para que o valor estabelecido possa proporcionar a justa satisfação à vítima, compensando o abalo experimentado, e, além disso, para alertar o ofensor sobre a conduta lesiva, impondo-lhe impacto financeiro a fim de impedi-lo de praticar novamente o ilícito, sem, no entanto, acarretar enriquecimento sem causa do ofendido. Analisando tais

critérios, entendo razoável manter o *quantum* indenizatório no valor fixado na sentença apelada, qual seja, R$ 5.000,00 (cinco mil reais). V – Apelo improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação nº0065681-57.2009.8.06.0001 da comarca de Fortaleza, em que é apelante o Banco Itaucard S/A e apelada Ires Alves da Silva de Lima.

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.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Banco Itaucard S/A em face de sentença(fls.83/89) prolatada nos autos da Ação Declaratória de Inexigibilidade de Débito c/c Dano Moral em que o douto Magistrado acolheu parcialmente o pleito autoral, condenando o Banco apelante ao pagamento de indenização à parte apelada, Ires Alves da Silva de Lima, no equivalente a R$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de danos morais, pela inscrição indevida do nome desta nos cadastros restritivos de crédito.

O ora apelante, nas razões recursais(fls. 93/104), alega que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro. Ademais, diz que inexiste o elemento subjetivo indispensável à configuração da Responsabilidade Civil, sendo incabível a indenização por danos morais.

Alega, ainda, que o valor da indenização fixado mostra-se exacerbado.

A apelada apresentou contrarrazões(fls. 117/119) ao recurso interposto alegando que a apelação deve ser improvida, posto que a sentença foi proferida de forma correta, não ensejando qualquer reparo.

Com esteio na segunda parte, do inciso VI, do artigo 53 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça, deixei de encaminhar o presente recurso ao digno Ministério Público, por entender que nesta apelação cível não se discute questão de "inegável interesse público" e a matéria nela discutida não é "relevante".

É o relatório.

Decido.

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, 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.

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Banco apelante contra sentença que julgou parcialmente procedente a Ação Declaratória de Inexigibilidade c/c Dano Moral, condenando este a pagar a quantia de R$10.000,00 (dez mil reais) a título danos morais à apelada.

Afirma a apelada que em junho de 2009 ao tentar realizar uma compra do comércio local, teve a desagradável surpresa de saber que seu nome estava inscrito nos cadastros de inadimplentes dos órgãos de restrição de crédito, a pedido do banco

promovido e ora apelante. Inconformada entrou em contato com a instituição para obter maiores esclarecimentos, posto que nunca manteve qualquer relação comercial ou financeira com tal empresa. No entanto, nada lhe foi esclarecido.

Inicialmente, insta asseverar que a relação existente entre as partes é, de fato, consumerista, uma vez que que o autor/apelado é destinatário final dos serviços oferecidos pela ré e a atividade bancária é considerada serviço para os fins legais. Ademais, o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, inclui, expressamente, a atividade bancária no seu conceito de serviço.

Dessa forma, aplica-se ao apelado os direitos básicos do consumidor previstos no art. 6º da legislação consumerista, inclusive, a inversão do ônus da prova, prevista no inciso VIII do aludido dispositivo, que assim dispõe:

> "Art. 6°. São direitos básicos do consumidor:
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;"

Certo é que a inversão do ônus da prova não é automática em todas as relações de consumo. Todavia, no presente caso o consumidor é inequivocamente hipossuficiente, pois apresenta maior dificuldade em produzir as provas necessárias ao deslinde da presente ação, sobretudo a de que não possui nenhum contrato com a instituição financeira.

Não obstante alegue o Banco que não houve qualquer conduta sua que se insira no âmbito dos atos ilícitos e que a culpa do ocorrido se deu por culpa exclusiva de terceiro, não trouxe aos autos documentos capazes de comprovar que o apelado foi o responsável pela alegada contratação e inadimplência.

Constata-se, assim, que o banco não agiu com zelo e cuidado ao permitir a contratação em nome do autor, sem se certificar da veracidade das informações que lhe foram prestadas, sendo que, nesse fato, reside a sua culpa. Dessa forma, se o banco se beneficiava com o procedimento adotado, sem ter os cuidados necessários, deve ele responder pelos riscos inerentes à atividade praticada, configurando-se responsabilidade pelo fato do serviço previsto no art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, que é aplicável ao caso por se tratar de relação de consumo e que assim dispõe: "*O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação de serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos"*.

Vê-se, então, que o Banco apelante deve responder, independentemente de culpa, pela reparação dos danos causados a seus clientes por defeitos decorrentes dos serviços que presta, não se observando, no caso dos autos, qualquer excludente de ilicitude prevista no art. 14, § 3º, II, da legislação consumerista.

Entendo que agiu sim a parte ré com erro, devendo responder por todas

as situações decorrentes de tal fato. A situação ora descrita demonstra a falta de comedimento e prudência com que atuou, deixando de buscar o mínimo de cautela a fim de evitar ser fonte de erro ou de dano.

Sobre a caracterização do dano moral, insta frisar que este ocorre quando uma pessoa se acha afetada em seu ânimo psíquico, moral e intelectual, seja por ofensa à sua honra, a sua privacidade, intimidade, imagem ou nome. Pode-se entender, assim, que o dano moral corresponde às lesões de natureza não econômica sofridas pelas pessoas.

Acerca do tema, Caio Mário da Silva ensina que dano moral é "q*ualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária e abrange todo o atentado à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, à suas afeições, etc..."*

Para se verificar a ocorrência do dano moral, deve-se observar a presença dos requisitos necessários e autorizadores, quais sejam, o ato ilícito, o dano causado à vítima e o nexo de causalidade entre a ação e o abalo sofrido.

Derradeiramente, o simples fato de o apelado ter o seu nome inscrito no cadastro de inadimplentes de forma indevida, por si só, já é motivo suficiente para lhe causar o dano moral, mostrando-se, pois, desnecessária a produção de qualquer prova, no sentido de demonstrar a sua real existência.

É entendimento pacífico que nestes casos trata-se de dano moral puro, que independe de prova, já que a mera inscrição indevida gera ofensa a honra e a reputação da pessoa física ou jurídica. Portanto, tendo a apelante incluído o nome do apelado nos cadastros de inadimplentes, de forma indevida, patente é o dano moral.

Acerca do dano moral *in re ipsa*, colaciono os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROTESTO INDEVIDO DE TÍTULO. DANO *IN RE IPSA*, AINDA QUE SOFRIDO POR PESSOA JURÍDICA. SÚMULA 83/STJ. 1. Nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral configura-se *in re ipsa*, prescindindo de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. 2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (súmula 83/STJ).3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO." (AgRg no AG 1261225/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJe de 15/08/2011)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. VALOR INDENIZATÓRIO ESTIPULADO DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. RECURSO MANIFESTAMENTE INFUNDADO.
> 1. A inscrição ou a manutenção indevida do nome do pretenso devedor em

> cadastros 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. Nesse sentido, confira-se: REsp 994.253/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe 24/11/2008; REsp 720.995/PB, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, DJ 03/10/2005.
> 2. Esta Corte, em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinqüenta salários mínimos. Precedentes.
> 3. Agravo Regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa." (AgRg no AREsp 51.899/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 16/11/2011).

No que se refere ao exame do *quantum* indenizatório a ser fixado, algumas considerações precisam ser tecidas.

Para a correta fixação do *quantum* indenizatório, deverão ser levadas em conta as peculiaridades do caso concreto, para que o valor estabelecido possa proporcionar a justa satisfação à vítima, compensando o abalo experimentado, e, além disso, para alertar o ofensor sobre a conduta lesiva, impondo-lhe impacto financeiro a fim de impedi-lo de praticar novamente o ilícito, sem, no entanto, acarretar enriquecimento sem causa do ofendido.

O colendo Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista a ausência de critério legal orientador para a fixação do *quantum* indenizatório, assentou a necessidade de observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 70, III, E 269, IV, DO CPC, E 56 DA LEI 5.250/67. NÃO-OCORRÊNCIA. INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE E DESPROPORCIONAL. REVISÃO. POSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ. PARCIAL PROVIMENTO.
> 1. A pretensão de direito material deduzida em juízo (indenização por danos morais), fundada na responsabilidade civil objetiva do Poder Público, é juridicamente possível e não depende de decisão penal condenatória transitada em julgado, pois o direito positivo brasileiro consagra a autonomia das responsabilidades civil e criminal (CC/2002, art. 935; CC/1916, art. 1.525; CP, arts. 66 e 67).
> 2. Nas ações de indenização fundadas na responsabilidade civil objetiva do Estado (CF/88, art. 37, § 6º), não é obrigatória a denunciação da lide do agente público supostamente responsável pelo ato lesivo (CPC, art. 70, III).
> 3. O prazo decadencial previsto no art. 56 da Lei 5.250/67 (Lei de Imprensa) não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
> 4. O STJ consolidou entendimento no sentido de que é possível revisar o valor da indenização por danos morais quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sem que isso implique reexame dos

> aspectos fáticos da lide.
> 5. Na hipótese, considerando as circunstâncias do caso, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização de três mil e seiscentos salários mínimos (equivalente, hoje, a R$ 1.080.000,00) é manifestamente exorbitante e desproporcional à ofensa sofrida pelo recorrido, devendo, portanto, ser reduzida para R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).
> 6. A indenização por dano moral deve ter conteúdo didático, de modo a coibir a reincidência do causador do dano, sem, contudo, proporcionar enriquecimento sem causa à vítima.
> 7. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 521434/TO, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 08/06/2006, p. 120).

Nesse sentido, cumpre transcrever as seguintes excertos jurisprudenciais destas Corte de Justiça, *in verbis*:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. ACORDO DE PARCELAMENTO DE DÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA. DÉBITO INEXISTENTE. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SERASA. SENTENÇA PROCEDENTE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. 1. A indenização por dano moral decorrente de indevida inscrição no SERASA deve servir de conforto à vítima pelo dano causado, mas também deve servir de advertência ao prestador de serviço, para que este não venha a cometer a mesma prática em casos semelhantes. 2. O arbitramento do *quantum* indenizatório deve ser feito com moderação, evitando assim a conversão de reparação do dano em enriquecimento indevido. 3. Apelação conhecida e parcialmente provida." (Apelação 9706713200680600011, Relator José Mário Dos Martins Coelho, Comarca de Fortaleza, órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data de registro: 20/09/2011).

> "APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO ADQUIRIDO POR TERCEIRO MEDIANTE DOCUMENTOS ROUBADOS. NEGLIGÊNCIA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA EM CERTIFICAR SE DOCUMENTOS PERTENCIA AO CONSUMIDOR. DANO MORAL CONFIGURADO. PROVA DO DANO MORAL DESNECESSÁRIA. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES DO STJ. APELO CONHECIDO, PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. 1. O fornecedor de produtos e serviços tem a obrigação de verificar a autenticidade dos documentos apresentados pelo consumidor, no ato do fechamento do contrato de financiamento. Pressuposto esse básico para sua anotação em caso de inadimplência. 2. Hipótese em que a documentação não pertencia ao portador, e sobrevindo inadimplência, o ato de negativação afetou via reflexa a autora, sua verdadeira titular. 3. Já está assentado na jurisprudência que o dano moral é presumido na hipótese de inscrição indevida em órgão de restrição de crédito. Precedentes do STJ. 4. Assim sendo, em face do pleito originário de 20 vezes o valor do contrato de financiamento, hei por bem determinar a condenação em danos morais a ser paga pelo Banco Itaú a Sra. Semiramis Rocha Vieira Veras no valor

> de R$ 10.000,00 (dez mil reais), dando-se a fluência dos juros moratórios, a partir do evento danoso, de acordo com a súmula n. 54 do supracitado Tribunal Superior. 5. Apelo Conhecido, provido. Reforma da sentença." (Apelação 74725653200080600011, Relator Francisco Suenon Bastos Mota, Comarca de Fortaleza, órgão julgador: 5ª Câmara Cível, Data de registro: 16/08/2011).

Analisando tais critérios e os julgados ora transcritos, entendo razoável manter o *quantum* indenizatório no valor fixado na sentença apelada, qual seja, R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Entendo, pois, que o supracitado montante é suficiente para compensar o dano sofrido e atender o caráter pedagógico da medida, para que assim a instituição financeira apelada possa evitar condutas lesivas aos interesses dos consumidores.

Diante do ora exposto, conheço do recurso interposto, para lhe negar provimento, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2012.

Nº PROCESSO: 0708728-47.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 17ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: RICARDO RÉGIS CARACAS DOS SANTOS
APELADOS: PEUGEOT CITROEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA e PARIS VEÍCULOS PEÇAS E SERVIÇOS LTDA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CONSUMIDOR. DEFEITO DE VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL E MATEIRAL CONFIGURADOS. É UMA COMPRA QUE É NATURALMENTE ACOMPANHADA POR EXPECTATIVAS POSITIVAS. ADQUIRE-SE O CARRO EM ESTADO DE NOVO/NÃO USADO JUSTAMENTE PELA EXPECTATIVA DE SE ESTAR EVITANDO O RISCO DE PROBLEMAS MECÂNICOS. NÃO HÁ E NEM DEVE HAVER AUTOMÓVEL ZERO KM COM DEFEITO. Aquisição de veículo zero quilômetro, que passa a apresentar vários e repetidos problemas, não solucionados pela concessionária de veículos, não pode ser relegada ao plano do mero aborrecimento, caracterizando ilícito civil, e dano moral passível de reparação. Hipótese em que o veículo automotor adquirido pelo Autor junto à Ré teve inúmeras entradas na oficina mecânica desta, não sendo devidamente solucionado o defeito apresentado, tendo o Autor que recorrer ao DECON para resolver o problema.

QUANTUM INDENIZATÓRIO. ARBITRAMENTO. Na fixação da reparação por dano extrapatrimonial, incumbe ao julgador, atentando, sobretudo, para as condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar quantum que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da vítima. A análise de tais critérios, aliada às demais particularidades do caso concreto, conduz ao arbitramento do montante indenizatório em R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigidos monetariamente, pelo INPC, a contar da data desta sessão até o efetivo pagamento, e acrescidos de juros legais moratórios, desde a citação.

DANOS MATERIAIS. O dano material, para que seja passível de reparação, exige a comprovação do efetivo prejuízo experimentado. No caso em apreço, o Autor fez prova que utilizava o veículo para viagens de turismo, sendo comprovado ainda, que deixou de realizar algumas viagens, que perfazem o valor de R$ 3.010,00 (três mil e dez reais).

APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0708728-47.2000.8.06.0001, em que figuram, como Apelante RICARDO RÉGIS CARACAS DOS SANTOS e, como Apelados PEUGEOT CITROEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA e PARIS VEÍCULOS PEÇAS E SERVIÇOS LTDA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação de Reparação por Danos Morais e Materiais ajuizada por RICARDO RÉGIS CARACAS DOS SANTOS contra o PEUGEOT CITROEN DO BRASIL AUTOMÓVEIS LTDA e PARIS VEÍCULOS PEÇAS E SERVIÇOS LTDA, em que o Autor aduz que em 15 de março de 2002 adquiriu veículo Citroen Jumper Minibus Van junto a revendedora Paris Car e que após o primeiro mês, o veículo começou a apresentar defeitos, culminando no batimento do motor em 27 de junho de 2002, permanecendo na oficina por um mês, comprometendo assim, sua atividade laboral.

Afirma ainda que, com o objetivo de solucionar o problema, compareceu ao DECON, e lá foi realizado um acordo para a substituição do veículo, o que ocorreu em 06 de dezembro de 2002, mas que apesar do acordo, deve ser ressarcidos dos danos e prejuízos que lhe foram causados.

Em Contestação de fls. 66/95, a primeira Promovida, Peugeot Citroen do Brasil, alega, preliminarmente, da carência de ação pela falta de interesse de agir, e no mérito, aduz da inexistência de conduta ofensiva à Lei por parte da Ré; da improcedência do pedido de indenização por danos materiais e morais; e, da litigância de má-fé do Autor.

Já as fls. 98/113, o segundo Promovido afirma da ilegitimidade passiva da Ré; da eficácia dos serviços prestados; da troca do veículo do autor por outro novo; e, da irrevogável quitação do objeto.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático julgou improcedente a ação.

É o que se lê às fls. 259/267.

Irresignado com a decisão, o Autor interpôs recurso de Apelação, aduzindo da aplicação do Código de Defesa do Consumidor – CDC ao caso e reproduz os demais termos da peça inicial.

É o conteúdo das fls. 274/293.

Em contrarrazões da segunda Promovida às fls. 296/313.

Às fls. 376, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

Em despacho de fls. 381, o Des. Ernani Barreira Porto declarou-se suspeito para processar e julgar o feito.

Deixo de abrir vista à Procuradoria Geral de Justiça por não existir manifesto interesse público relevante, nos termos do inciso XIII, do art. 53 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

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

Inicialmente, insta constatar que a relação entre as partes é consumerista, uma vez que presentes os requisitos objetivos e subjetivos constantes dos artigos 2º e 3º da lei 8.078/90, sendo plenamente aplicáveis ao caso as normas protetivas do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Dessa forma, a responsabilidade das partes é objetiva, de modo que o dever de indenizar somente é afastado caso se comprove a ocorrência de uma das excludentes da responsabilidade, quais sejam, fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior e fato exclusivo de terceiros, conforme estabelece o art. 14, § 3º do Código de Defesa do Consumidor.

O diploma consumerista garante a inversão do ônus probatório nos procedimentos, reconhecendo, assim, a vulnerabilidade da parte consumidora frente a sua comprovada hipossuficiência, bem como a verossimilhança das alegações suscitadas.

Todavia, esta prerrogativa não a exime quanto à comprovação dos elementos mínimos constitutivos de seu direito (o defeito que impossibilitou o correto uso do carro), evitando, assim, de outro lado, que reste prejudicado o direito de defesa do fornecedor, ante a impossibilidade de fazer prova de fato negativo.

Verifica-se, portanto, que o caso em tela é de vício do produto, previsto no art. 18, do CDC, segundo o qual os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não respondem, solidariamente, pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam, ou lhes diminuam o valor. No presente caso, o veículo comprado pelo Autor, apresentou vários problemas chegando ao batimento de seu motor.

É certo que, em se tratando de relação de consumo, o conceito de fornecedor abrange todos os que integram a cadeia de fornecimento, na forma do Parágrafo único, do artigo 7º, e do §1º, do artigo 25, ambos do CDC.

Releva notar que as Rés não comprovaram que o fato tenha ocorrido por culpa exclusiva da vítima ou de terceiro estranho à relação.

Além disso, as Promovidas tinham obrigação de trocar o veículo, uma vez que, não sanado o vício no prazo de 30 dias, cabe, à escolha do consumidor, a

substituição do produto, conforme previsto no CDC.

Pelos fatos expostos conclui-se que a segunda ré agiu ilicitamente quando se negou a corrigir, gratuitamente, o defeito de fabricação da 1ª ré, no momento em que o carro, que estava na garantia, foi levado à concessionária para conserto.

Por outro lado, o dano moral, também conhecido como dano imaterial, reflete-se sobre os direitos da personalidade, como, entre outros, o direito ao nome e à dignidade da pessoa humana. No caso, consubstancia-se no tempo em que o Autor ficou privado de utilizar o seu carro zero, comprado junto à 2ª ré, de fabricação da 1ª.

O automóvel apresentou vários problemas, tais como: quebra das correias da bomba d'água (seis vezes) e do ar condicionado (duas vezes), em apenas cinco meses de uso, até chegar o ponto de "bater o motor", conforme mencionado na reclamação de fls. 41, que desta, resultou em um acordo para a substituição do veículo.

Em casos análogos, colaciono algumas decisões do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "APELAÇÕES CÍVEIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. VEÍCULO NOVO COM VÍCIOS E QUE POR DIVERSAS VEZES FOI LEVADO PARA CONSERTO. SOLUÇÃO QUE VEIO A SER ALCANÇADA NO CONSERTO POR TERCEIRO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR E DANOS MORAIS CONFIGURADOS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO. MANUTENÇÃO. Restou evidenciado nos autos que o autor comprou veículo zero quilômetro, o qual, logo após a aquisição - pouco mais de dois meses - começou a apresentar problemas, ensejando diversas entradas na oficina da corré para conserto, sem que houve uma solução definitiva dos problemas, bem como que o veículo somente veio a ser consertado por terceiro. Destarte, no caso, demonstrada a falha na prestação dos serviços das demandas, configurando o dever de indenizar. Tal situação, notadamente, é capaz de gerar danos morais. Não é possível entender que alguém que adquire um veículo novo, sem qualquer uso, e não sofra nenhum abalo emocional ao ver que o bem não oferecia a qualidade e confiança que nele foram depositadas. Trata-se de hipótese típica de dano in re ipsa. Provado o fato básico, isto é, o ponto de apoio, provado está o dano, suporte fático do dever de reparar. O valor indenizatório fixado na sentença é adequado ao caso concreto. Não se mostra nem tão baixo - assegurando o caráter repressivo-pedagógico próprio da indenização por danos morais - nem tão elevado - a ponto de caracterizar enriquecimento sem causa. APELAÇÕES DESPROVIDAS". (TJ/RS. Apelação Cível Nº 70038241386, Nona Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 30/03/2011)

> "CONSUMIDOR. DEFEITO DO PRODUTO. VEÍCULO NOVO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR. DANO MORAL CONFIGURADO. QUANTUM. A prova testemunhal em nada contribuiria para o deslinde da questão, razão pela qual não se faz

> necessária, mormente porque o juiz é o destinatário da prova, cabendo a ele sopesar a importância ou não da produção de algum elemento probatório. A ré responde objetivamente pelo defeito no produto, nos termos do art. 12 do CDC. Os defeitos apresentados pelo veículo não podem ser considerados como corriqueiros, tendo em vista se tratar de veículo novo, zero quilômetro. Trata-se de produto durável, que não se consuma pelo uso, ou se deteriora ou desgasta em poucos meses. A concessionária deverá indenizar a autora mediante a restituição da quantia paga (art. 18, § 1º, II, do CDC). Não logrou êxito a ré em comprovar a presença de alguma das excludentes do dever de indenizar. A necessidade de constantes reparos em automóvel zero quilômetro recém adquirido, configura dano moral indenizável. A frustração decorrente da impossibilidade de uso do carro novo ultrapassa o mero dissabor. Precedentes jurisprudenciais. Fixação do montante indenizatório considerando o grave equívoco da ré, o aborrecimento e o transtorno sofridos pela demandante, além do caráter punitivo-compensatório da reparação. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. A verba honorária deve ser fixada de modo que não avilte a profissão de advogado. APELAÇÃO DA AUTORA PARCIALMENTE PROVIDA. APELO DA RÉ DESPROVIDO". (TJ/RS. Apelação Cível Nº 70038506770, Décima Câmara Cível, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 25/11/2010)
>
> "RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA REVENDEDORA AUTORIZADA. ART. 18 DO CDC. Por força do Código de Defesa do Consumidor, em demanda proposta pelo adquirente, há responsabilidade solidária entre a revendedora e o fabricante por defeitos decorrentes do veículo. VÍCIO DO PRODUTO. AQUISIÇÃO DE VEÍCULO NOVO. DEFEITOS APRESENTADOS. DANO MORAL. CABIMENTO. Defeito no funcionamento do sistema flex. Situação que transcende aos transtornos inerentes ao dia a dia, pois a aquisição de carro zero quilômetro com defeitos remete o consumidor para uma realidade de frustrações e de desestabilização psicológica. Dano moral reconhecido. Ausente sistema de tarifamento, a fixação do montante indenizatório ao dano extrapatrimonial está adstrita ao prudente arbítrio do juiz. Valor mantido, porque atendidas às particularidades das circunstâncias do fato e os precedentes da Câmara, na manutenção de equivalência de valores entre lides de semelhante natureza de fato e de direito. Preliminar desacolhida. Apelação desprovida. Sentença mantida. Decisão unânime". (TJ/RS. Apelação Cível Nº 70039070008, Décima Câmara Cível, Relator: Jorge Alberto Schreiner Pestana, Julgado em 28/10/2010)

Reconhecida a existência do dano, passo, então, ao arbitramento do *quantum* indenizatório.

É sabido que, na quantificação da indenização por dano moral, deve o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitrar, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Neste propósito, impõe-se que o magistrado atente às condições do ofensor,

do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Vale ressaltar que os nossos tribunais têm entendido que o montante da reparação moral não deve ser tão alto que importe em enriquecimento exacerbado, nem tão baixo que estimule a prática do ilícito, além de dever o juiz considerar as circunstâncias do caso concreto.

Assim, entendo que a verba indenizatória deva ser fixada em R$ 8.000,00 (oito mil reais), com a observância dos aludidos princípios, bem assim das circunstâncias do caso em apreço.

Já quanto ao pedido de dano material, este para que seja passível de reparação, exige a comprovação do efetivo prejuízo experimentado. No caso em apreço, o Autor fez prova que utilizava o veículo para viagens de turismo, sendo comprovado ainda, que deixou de realizar algumas viagens, que perfazem o valor de R$ 3.010,00 (três mil e dez reais), configurando assim, o lucro cessante sofrido pelo Apelante.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da Apelação interposta, para DAR-LHE PROVIMENTO, no sentido de condenar as Promovidas, solidariamente, ao pagamento da indenização a título de danos morais em R$ 8.000,00 (oito mil reais), corrigidos monetariamente, pelo INPC, a contar da data desta sessão até o efetivo pagamento, acrescidos de juros legais moratórios, desde a citação, e, em danos materiais, no valor de R$ 3.010,00 (três mil e dez reais).

Condeno ainda as Promovidas, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes em 20% (vinte por cento) do valor da condenação.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 730639-18.2000.8.06.0001/4.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: AIRTON COSTA TELES.
APELADA: EXPRESSO GUANABARA S.A.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA:
APELAÇÃO CÍVEL. ASSALTO EM ÔNIBUS. RESPONSABILIDADE DO TRANSPORTADOR. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. SENTENÇA NULA. VIOLAÇÃO À COISA JULGADA. APELO PREJUDICADO.
1. Nos termos dos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, são requisitos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Precedentes.
2. Na hipótese examinada, incorreu em nulidade o juízo *a quo* ao exarar provimento judicial sem aqueles requisitos e mediante simples remissão a sentença anteriormente proferida, a qual restou desconstituída em sede de apelação.
3. Tendo sido determinado por esta e. Corte de Justiça, em julgamento de recurso anterior, "o envio de ofício ao DNIT, ou qualquer outro órgão competente, para verificar se o local onde ocorreu o assalto estava ou não na rota normal do ônibus que transportava o recorrente", não poderia a julgadora de primeiro grau desconsiderar essa providência e sentenciar o feito, violando-se o *caput* do art. 471 do CPC.
4. Sentença anulada *ex officio* por ausência de fundamentação, nos moldes dos arts. 165 e 458 do CPC, ordenando-se o retorno dos autos ao juízo *a quo*, para que seja ultimada a instrução mediante adoção de providência respeitante ao envio de ofício ao DNIT ou a qualquer outro órgão competente para verificar se o local onde ocorreu o assalto estava ou não na rota normal do ônibus que transportava o recorrente, conforme já estabelecido por decisão transitada em julgado, restando prejudicado o exame do mérito da apelação.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação e *ex officio* **anular a sentença**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 25 de julho de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por Airton Costa Teles em face de sentença prolatada pelo juízo da 25ª Vara Cível desta Comarca (Processo nº 2000.0133.5639-0), a

qual julgou improcedente ação indenizatória (fl. 184).

O recorrente alega, em suma (fls. 186-199):

a) violação ao princípio da isonomia e da equidade, haja vista que a empresa de transporte de passageiros é responsável objetiva por eventuais danos causados aos utentes do serviço em tela, cuja obrigação não é ilidida por culpa de terceiros, contra os quais a empresa possui ação regressiva, nos termos da Súmula nº 187 do STF;

b) desrespeito a decisão anterior deste e. Tribunal de Justiça no pertinente ao envio de ofício ao Departamento de Infraestrutura de Transportes (DNIT) a fim de verificar se o ônibus em que ocorreu assalto aos passageiros havia saído de sua rota;

c) impossibilidade de se considerar assalto a passageiros como sendo caso fortuito;

d) diante de uma análise pontual do caso restaria configurada a previsibilidade do evento danoso para fins de configurar a responsabilidade civil do transportador, inexistindo caso fortuito na espécie.

Contrarrazões às fls. 201-211.

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

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Verifico, porém, a existência de questão de ordem pública a ser submetida ao crivo deste e. colegiado.

É a segunda vez que o presente feito vem à apreciação desta segunda instância.

Anteriormente ao decisório ora combatido, foi julgada antecipadamente a lide, tendo-se por improcedente a demanda (fls. 73-77).

Em sede de apelo, esta e. 1ª Câmara Cível deu parcial provimento ao recurso para desconstituir a sentença haja vista a necessidade de instrução processual (fls. 118-121), cuja ementa segue:

> APELAÇÃO CÍVEL - RESPONSABILIDADE CIVIL - ASSALTO - ÔNIBUS INTERESTADUAL - POSSIBILIDADE DE TER HAVIDO DESVIO DE ROTA CARACTERIZADOR DE CONDUTA IMPRUDENTE DO MOTORISTA - NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Colho trechos do voto do eminente Desembargador Ernani Barreira Porto (fls. 120-121):

> […] Desta feita, o julgamento antecipado da lide realizado pela magistrada

> singular não permitiu a colheita suficiente de meios probatórios aptos a esclarecer as reais circunstâncias do incidente, ensejando a necessidade de desconstituição da sentença monocrática para que prossiga a instrução processual, principalmente através da expedição de ofício ao DNIT, ou qualquer outro órgão competente, para verificar se o local do assalto estava ou não na rota normal do ônibus.
> Diante de todo o exposto, CONHEÇO do presente recurso apelatório para DAR-LHE parcial provimento, desconstituindo a sentença vergastada para que seja dado prosseguimento à instrução processual, mediante a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes, o envio de ofício ao DNIT, ou qualquer outro órgão competente, para verificar se o local onde ocorreu o assalto estava ou não na rota normal do ônibus que transportava o recorrente, bem como de qualquer outro meio de prova requerido pelos litigantes.
> É como voto (destaquei).

Ocorre que, em retorno dos autos à primeira instância, não foi efetivado o envio de ofício para verificar se houve no caso mudança de rota do ônibus no qual ocorreu o assalto, violando-se o estabelecido em decisão transitada em julgado.

Ora, se esta e. Corte de Justiça, em julgamento de apelação anterior, determinou "o envio de ofício ao DNIT, ou qualquer outro órgão competente, para verificar se o local onde ocorreu o assalto estava ou não na rota normal do ônibus que transportava o recorrente" (fl. 121), não poderia a julgadora de primeiro grau desconsiderar essa providência e sentenciar o feito, violando-se o *caput* do art. 471 do Código de Processo Civil[1].

Outrossim, a magistrada *a quo*, ao prolatar o provimento judicial acima transcrito, exarou sentença nula, uma vez que esta imprescinde dos requisitos estabelecidos no art. 458 do CPC, consoante art. 165 desse mesmo Diploma Legal, *verbis:*

> **CPC, Art. 165.** As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no artigo 458; as demais decisões serão fundamentadas, ainda que de modo conciso.
>
> CPC, Art. 458. São requisitos essenciais da sentença:
> I – o relatório, que conterá os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;
> II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;
> III – o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submeterem.

Nesse sentido o escólio de MARINONI e MITIDIERO:

> **1. Forma da Sentença.** São requisitos formais da sentença, ditos pelo Código "essenciais", o relatório, a fundamentação e o dispositivo. A sentença que carece dessa forma é nula (art. 93, IX, CRFB). […] (cf.

> Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Código de processo civil comentado artigo por artigo*, São Paulo: RT, 2008, p. 420)

Não discrepam DIDIER, BRAGA e RAFAEL:

> O art. 458 do CPC dispõe sobre o que chama de *requisitos* essenciais da sentença. Segundo lição de BARBOSA MOREIRA, "requisitos são qualidades, atributos, que se expressam mediante adjetivos. Na verdade, o art. 458 trata de *elementos,* das partes que devem integrar a estrutura da sentença, a saber: o relatório, os fundamentos ou motivação e o dispositivo ou conclusão". A rigor, os três elementos são exigidos, em conjunto, apenas nas *sentenças* e *acórdãos* (art. 165, CPC). (cf. Fredie Didier Junior, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira, *Curso de direito processual civil*, 4ª ed., Vol 2, Salvador: Juspodivm, 2009, págs. 287-288)

Cito jurisprudências pertinentes à *fattispecie* analisada nestes autos:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE CONFIGURADA (ARTS. 165 E 458, DO CPC, E 93, IX, DA CF/88). RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. RECURSO ORDINÁRIO PREJUDICADO.
> 1. Nos termos dos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, são requisitos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo. Na hipótese examinada, não foi lavrado o relatório do acórdão que julgou o mandado de segurança impetrado pela ora recorrente, do qual somente constou a fundamentação e a parte dispositiva do julgado.
> 2. O relatório é requisito essencial e indispensável da sentença e a sua ausência prejudica a análise da controvérsia, suprimindo questões fundamentais para o julgamento do processo. Tal consideração impõe o reconhecimento da nulidade do julgado impugnado, em manifesta violação dos arts. 165 e 458, do Código de Processo Civil, e 93, IX, da Constituição Federal.
> 3. Precedentes do STJ.
> 4. Recurso ordinário prejudicado. (STJ, 1ª Turma, **RMS 25082/RJ**, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJe 12.11.2008)

> CONSTITUCIONAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CPC, ART. 458. 1. Contraria o artigo 458 do Código de Processo Civil o acórdão que não contém relatório nem fundamentação. 2. Recurso provido. (STJ, 6ª Turma, **RMS 3152/AL**, Relator Ministro ANSELMO SANTIAGO, DJU 28.11.1994, p. 32639)

> ACÓRDÃO. NULIDADE. AUSÊNCIA DE LAVRATURA E DE FUNDAMENTAÇÃO, COM BASE EM DISPOSIÇÃO REGIMENTAL. São nulas as decisões judiciais não fundamentadas (arts. 93, IX, da Constituição Federal; 165 e 458, II, do CPC). Recurso especial conhecido e provido. (STJ, 4ª Turma, **REsp 519242/RJ**, Relator Ministro BARROS MONTEIRO, DJU 09.12.2003, p. 293)

Com idêntica orientação: **RMS 20078/RJ**, STJ, 1ª turma, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJU 22.11.2007, p. 186; **RMS 16121/RJ**, STJ, 5ª Turma, Relator Ministro JORGE SCARTEZZINI, DJU 26.04.2004, p. 180; dentre outros.

Além disso, não se poderia fazer referência a sentença anteriormente desconstituída por este Tribunal, uma vez que este último *decisum* carece de quaisquer efeitos jurídicos.

Sob tais fundamentos, mister *ex officio* **anular a sentença de primeira instância** por ausência de fundamentação, nos moldes dos arts. 165 e 458 do CPC, ordenando o retorno dos autos ao juízo *a quo*, para que seja ultimada a instrução mediante adoção de providência respeitante ao envio de ofício ao DNIT ou a qualquer outro órgão competente para verificar se o local onde ocorreu o assalto estava ou não na rota normal do ônibus que transportava o recorrente, conforme já estabelecido por decisão transitada em julgado, restando prejudicado o exame do mérito da apelação.

É como voto.

[1] CPC, Art. 471. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide, salvo:

I – se, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobreveio modificação no estado de fato ou de direito; caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II – nos demais casos prescritos em lei.

PROCESSO Nº 799522-17.2000.8.06.0001/1
APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: MARIA DE SALETE JEREISSATI DE ARAÚJO, MARCOS ANTÔNIO PENHA BARROS LEAL, CLARISSE HELENA BOTELHO COSTA SILVA e CLÁUDIO MARTINS
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISOR: DES. JOSÉ MARIO DOS MARTINS COELHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTOS SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. POSSIBILIDADE. ADI 3.089/DF JULGADA IMPROCEDENTE. LEGALIDADE DA COBRANÇA DO TRIBUTO.

1. O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a possibilidade de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, à luz do disposto nos itens 21 e 21.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

2. A presente matéria encontra-se pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual recentemente, em 13.02.2008, ao julgar improcedente a ADI 3.089/DF, reconheceu a constitucionalidade da lei que admite a incidência do ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

3. Na oportunidade, entendeu o Pretório Excelso que a prestação dos serviços cartorários se dá em caráter privado, constituindo atividade com fins lucrativos, não podendo, portanto, serem imunes à tributação, pois a prerrogativa de imunidade recíproca aplica-se somente aos entes políticos, não se estendendo aos particulares que executem, com intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação. Ademais, aduz que, em tais situações, o art. 150, §3º da Constituição Federal afasta a incidência da imunidade tributária e autoriza a tributação da atividade exercida.

4. Apelação conhecida e improvida. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, acordam os Desembargadores da 6ª Câmara Cível, por unanimidade, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível com o fito de reformar a sentença de fls. 112/121, da lavra do juízo da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, a qual denegou a segurança requestada nos presentes autos de Mandado de Segurança impetrado por MARIA DA SALETE JEREISSATI DE ARAÚJO E OUTROS, em face de ato do Sr. Secretário de Finanças do Município de Fortaleza.

A Ação Mandamental visa obstar a cobrança do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) incidente sobre serviços notariais, sob o fundamento de que os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03 e a Lei Complementar Municipal 19/03 incorrem em inconstitucionalidade, devido ao fato de tratar-se de serviço público, possuindo os correspondentes emolumentos natureza jurídica de taxa, não cabendo, portanto, a exação sobre a mencionada atividade.

Acostados à inicial, os documentos de fls. 34/106.

O magistrado *a quo* sentenciou no sentido da inexistência de direito líquido e certo e, por conseguinte, pelo indeferimento da inicial e extinção do feito sem julgamento do mérito.

Irresignados, os autores apresentam recurso de apelação às fls. 125/154, pugnando pela reforma do decisório, para ver declarada a inexigibilidade do ISS sobre os serviços de registros públicos, cartórios e notariais, bem como das obrigações acessórias relativas a este tributo, tendo em vista as inconstitucionalidades dos dispositivos que legitimam a cobrança do tributo supra mencionado.

O Ministério Público, em primeira instância, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

Os autos ascenderam a este Tribunal no mês de dezembro de 2006, vindo conclusos à Desª. Maria Celeste Thomaz de Aragão.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento do recurso, mas pelo seu improvimento (fls. 172/175).

Em face da aposentadoria da Desª. Maria Celeste Thomaz de Aragão, os autos foram distribuídos à Desª. Vera Lúcia Correia Lima.

Por força da Portaria nº 1.489/2009, vieram-me conclusos em 31 de maio de 2010.

É o relatório.

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

Passo a decidir.

VOTO

Diante da presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da presente Apelação Cível.

Os apelantes pugnam pela inconstitucionalidade da inclusão dos serviços

notariais na lista de serviços a serem tributados pelo Imposto sobre Serviços - ISS, ao argumento de que são serviços públicos que, embora delegados para particulares, não deixam de ter caráter público, não podendo, pois, estarem englobados na incidência do aludido imposto.

O cerne da presente demanda cinge-se a analisar a possibilidade de incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, à luz do disposto nos itens 21 e 21.01 da lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

A mencionada Lei Complementar lista os serviços que podem ser objeto de exação do ISS – Imposto sobre Serviços pelos Municípios, constando no item 21 e sub-item 21.1 a possibilidade de sua incidência sobre serviços de registros públicos.

Consoante o art. 236 da Carta Magna, as pessoas que desempenham atividade notarial exercem, em caráter privado, atividade delegada pelo Poder Público, *in verbis*:

> "Art. 236. Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público".

Com efeito, a prestação dos serviços cartorários se dá em caráter privado, constituindo atividade com fins lucrativos, não podendo, portanto, serem imunes à tributação, pois a prerrogativa de imunidade recíproca aplica-se somente aos entes políticos, não se estendendo aos particulares que executem, com intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação.

Em tais situações, o art. 150, §3º da Constituição Federal afasta a incidência da imunidade tributária e autoriza a tributação da atividade exercida. Veja-se:

> "Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
>
> VI - instituir impostos sobre:
> a) patrimônio, renda ou serviços, uns dos outros;
>
> § 3º - As vedações do inciso VI, "a", e do parágrafo anterior não se aplicam ao patrimônio, à renda e aos serviços, relacionados com exploração de atividades econômicas regidas pelas normas aplicáveis a empreendimentos privados, ou em que haja contraprestação ou pagamento de preços ou tarifas pelo usuário, nem exonera o promitente comprador da obrigação de pagar imposto relativamente ao bem imóvel."

A presente matéria encontra-se pacificada no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o qual recentemente, em 13.02.2008, ao julgar improcedente a ADI 3.089/DF, reconheceu a constitucionalidade da lei que admite a incidência do ISSQN sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, encerrando, dessa forma, a discussão do tema, consoante julgado abaixo:

> "EMENTA: **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ITENS 21 E 21.1. DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.**
> Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra os itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN. Alegada violação dos arts. 145, II, 156, III, e 236, caput, da Constituição, porquanto a matriz constitucional do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza permitiria a incidência do tributo tão-somente sobre a prestação de serviços de índole privada. Ademais, a tributação da prestação dos serviços notariais também ofenderia o art. 150, VI, a e §§ 2º e 3º da Constituição, na medida em que tais serviços públicos são imunes à tributação recíproca pelos entes federados. As pessoas que exercem atividade notarial não são imunes à tributação, porquanto a circunstância de desenvolverem os respectivos serviços com intuito lucrativo invoca a exceção prevista no art. 150, § 3º da Constituição. O recebimento de remuneração pela prestação dos serviços confirma, ainda, capacidade contributiva. A imunidade recíproca é uma garantia ou prerrogativa imediata de entidades políticas federativas, e não de particulares que executem, com inequívoco intuito lucrativo, serviços públicos mediante concessão ou delegação, devidamente remunerados. Não há diferenciação que justifique a tributação dos serviços públicos concedidos e a não tributação das atividades delegadas. Ação Direta de Inconstitucionalidade conhecida, mas julgada improcedente. (ADI 3089, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 13/02/2008, DJe-142 DIVULG 31-07-2008 PUBLIC 01-08-2008 EMENT VOL- 02326-02 PP-00265 RTJ VOL-00209-01 PP-00069 LEXSTF v. 30, n. 357, 2008, p. 25-58)"

Diante disso, não há que se falar em inconstitucionalidade do item 2.1 e subitem 21.01 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03, bem como da Lei Complementar Municipal nº 14/03, tendo esta instituído a cobrança do ISS sobre os serviços notariais e de registro do Município de Fortaleza.

No mesmo sentido, colaciona-se precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. **ISSQN. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS (LEI 8.935/94). LEI COMPLEMENTAR 116/2003 (ITENS 21 E 21.01). CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ADI 3.089-2/DF).**
> 1.Os serviços de registros públicos, cartorários e notariais, que se destinam a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos

> atos jurídicos, encontram-se previstos nos Itens 21 e 21.01, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar **116**/2003, como serviços tributáveis pelo ISS. 2.Deveras, corrente doutrinária e jurisprudencial pugnam pela inconstitucionalidade da inclusão dos serviços notariais na lista de serviços a serem tributados pelo ISS, ao argumento de que constituiria tributação de atividade própria do Poder Público, obrigatoriamente exercida em caráter privado, traspassada ao particular (pessoa natural aprovada em concurso público) por delegação (cujas condições encontram-se fixadas em lei), sujeita à fiscalização do Poder Judiciário e remunerada por emolumentos que têm a natureza de taxa, não se enquadrando, portanto, na materialidade estabelecida na **Carta Magna**. **3.Entrementes, a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003, que permitem a tributação dos serviços de registros públicos, cartorários e notariais pelo ISSQN, restou reconhecida na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.089-2/DF** (Rel. originário Ministro Carlos Britto, Rel. p/ Acórdão Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 13.02.2008, DJe-142 DIVULG 31.07.2008 PUBLIC 01.08.2008), pelos seguintes fundamentos: (…) "8. Consectariamente, impõe-se a submissão desta Corte ao julgado proferido pelo plenário do STF que proclamou a constitucionalidade da norma jurídica em tela (itens 21 e 21.1 da Lista Anexa à Lei Complementar **116**/2003), como técnica de uniformização jurisprudencial, instrumento oriundo do Sistema da *Common Law* e que tem como desígnio a consagração da Isonomia Fiscal no caso *sub examine*, reconhecendo-se a higidez da cobrança do ISSQN sobre a prestação de serviços de registros públicos, cartorários e notariais. 9. *In casu*, o Tribunal de origem reformou a sentença que concedera a segurança, sob o fundamento de que"evidenciado o caráter privado na prestação dos serviços notariais e de registro, conclui-se pela correta incidência do ISS, tal como determinada pela Lei Complementar **116**/2003, bem como na lista de serviços tributáveis nela veiculada (itens 21 e 21.1)". 10. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 964.789/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 25/11/2009)

Esta Colenda Corte de Justiça não poderia julgar de outra forma, senão acompanhar o entendimento emanado pelos Tribunais Superiores. Abaixo, veja-se a jurisprudência:

> CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN. INCIDÊNCIA. SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DOS ITENS 21 E 21.1 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003.** AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO. **1. O agravante pretende obter a suspensão da exigibilidade do ISS incidente sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notários por entender que os referidos serviços são abrangidos pela imunidade recíproca dos entes federativos. 2. O Supremo Tribunal Federal já firmou posicionamento no sentido**

> **de que o ISSQN deve incidir sobre os referidos serviços cartorários. 3. Os itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 tiveram sua constitucionalidade declarada no julgamento da ADI 3089/DF.** 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ/CE, Agravo de Instrumento nº 9406-33.2005.8.06.0000/0, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Washington Luis Bezerra de Araújo, Data de Registro: 28/09/2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. **IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA (ISSQN) INCIDENTE SOBRE SERVIÇOS DE REGISTROS PÚBLICOS, CARTORÁRIOS E NOTARIAIS. CONSTITUCIONALIDADE.** AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO EM FACE DA DECISÃO PROFERIDA PELO PRETÓRIO EXCELSO NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE Nº 3.089/DF. **1 - O Pretório Excelso, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 3.089/DF, firmou entendimento pela constitucionalidade de lei que prevê a tributação do ISSQN incidente sobre os serviços prestados pelos registros cartorários e notariais, face o caráter lucrativo da atividade.** 2 - Na hipótese, entendeu a Corte Suprema não possuir direito à imunidade recíproca os cartorários, porquanto não se trata de atividade, essencialmente, pública, mas de serviços delegados a particulares, com o fim, indiscutivelmente, lucrativo. 3 - Assim, em face do efeito *erga omnes*, próprio da decisão acima consignada, impõe-se o reconhecimento da inexistência do direito líquido e certo perseguido em sede mandamental. 4 - Recurso conhecido e provido. (Apelação Cível nº 370-82.2004.8.06.0167/1, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Auricélio Pontes, Data de Registro: 23/08/2010)

Com efeito, este Tribunal de Justiça deve se submeter ao julgado proferido pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, pois a constitucionalidade de lei decretada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade possui efeitos vinculantes e *erga omnes*, vinculando, portanto, o Poder Judiciário em todas suas instâncias, nos termos do parágrafo único do art. 28 da Lei nº 9868/99 e art. 102, §2º, da Carta Magna, que assim dispõem:

> "Art. 28. Dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão.
>
> Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a **Constituição** e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal."
>
> "Art. 102, §2º. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade, produzirão eficácia contra todos e

> efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal."

Com tais considerações, acolho o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, que peço vênia para transcrever:

> "(...) Ocorre que, em recente decisão proferida na ADI 3.089, o Supremo Tribunal Federal ultimou as discussões a respeito da matéria objeto do presente *Mandamus,* se posicionando no sentido da improcedência da ADI interposta, a qual contestava a constitucionalidade dos itens 21 e 21.1 da lista anexa à Lei Complementar 116/03, os quais, como dito, legitimam a incidência do ISS sobre os serviços notariais. (…).
> Com efeito, ante a expressa manifestação meritória de nossa Corte Maior no sentido da constitucionalidade do dispositivo *sub examine,* tem-se por legítima a cobrança do ISS sobre os serviços notariais.
> Ante o exposto, tendo em vista a inexistência do direito líquido e certo requestado, a Representante do *Parquet* atuante em segundo grau de jurisdição opina no sentido do conhecimento do recurso apelatório interposto, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade e pelo seu total improvimento, devendo restar inalterada a decisão proferida em primeiro grau pelo MM. Juiz. (fls. 172/175)

Deste modo, tendo em vista a constitucionalidade da norma jurídica em tela, conclui-se pela correta incidência do mencionado imposto, devendo, portanto, ser mantida a r. sentença vergastada.

Isto posto, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, conheço da presente Apelação Cível, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a r. sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 16 de novembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL N.º 8197-34.2002.8.06.0000/0
JUÍZO DE ORIGEM: 14ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
APELANTE: F. C. S., L. S. G. e M. C. S..
APELADO: ESPÓLIO DE F. A. P..
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CAMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PAI QUE ADOTA OS FILHOS BIOLÓGICOS TIDOS POR ILEGÍTIMOS DIANTE DO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE À ÉPOCA DO ATO JURÍDICO. PERÍODO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. CANCELAMENTO DA ADOÇÃO. POSSIBILIDADE EM BASES EXCEPCIONAIS DIANTE DO INTERESSE DE PROCEDER-SE COM O REGISTRO CONSTANDO A FILIAÇÃO VERDADEIRA. DA ANÁLISE DOS AUTOS TEM-SE POR INCONTROVERSO QUE ERA DA VONTADE DO GENITOR REALIZAR O REGISTRO CONSTANDO A FILIAÇÃO VERDADEIRA – A BIOLÓGICA -, NÃO O TENDO FEITO SOMENTE EM RAZÃO DA PROIBIÇÃO DA LEI CIVIL VIGENTE À ÉPOCA, VEZ QUE ESTA PROIBIA O RECONHECIMENTO DE FILHOS ADVINDOS DE RELAÇÕES EXTRACONJUGAIS.

1. Ainda que o ordenamento normativo constitucional advindo da promulgação da Constituição Federal de 1988 tenha execrado quaisquer distinções entre filhos naturais e adotivos, observa-se que o interesse dos apelantes não reside em âmbitos patrimoniais, persistindo como verdadeira tipicidade de direito de personalidade, qual seja, de que em seus registros públicos conste a filiação biológica. Situação que exige a ponderação dos Direitos Fundamentais.

2. O formalismo da lei impeditiva de revogação da adoção não deve sobressair sobre a imperiosidade de proteger-se o direito inerente à personalidade dos recorrentes, isto é, de poderem ter por anulado o registro de seu genitor como adotante para, em seguida, proceder com o registro constando a verdadeira filiação – a biológica.

3. O direito perseguido pelos apelantes decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que, inclusive, encontra-se em primeiro plano no ordenamento constitucional vigente, vez ser previsto como verdadeiro fundamento da Constituição – art. 1º, inciso III.

4. Os honorários advocatícios decorrem da sucumbência da parte na demanda e por isso devem ser fixados independentemente de pedido, tendo em vista o princípio da causalidade. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da apelação cível N.º 8197-34.2002.8.06.0000/0, em que litigam as partes acima nominadas.

Acorda a Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe total provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 05 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de **A**PELAÇÃO CÍVEL interposta contra a sentença (fls. 206/209) proferida pelo juízo da 14ª VARA DE FAMÍLIA DA COMARCA DE FORTALEZA-CE, nos autos da AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/ PETIÇÃO DE HERANÇA proposta por FRANCISCO CARLOS SALOMÃO, MARIANO CORDEIRO SALOMÃO E LUCIENE SALOMÃO GARCIA, aos fls. 02/03, em face do ESPÓLIO DE FRANCISCO ALVES PRADO, que houve por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos autorais, no sentido de "*reconhecer como sendo o Sr. FRANCISO ALVES PRADO pai biológico dos Suplicantes. Outrossim, deixo de mandar expedir os respectivos Mandados de Averbação, em virtude dos Suplicantes já serem registrados com a filiação paterna conhecida por força da adoção e não poder esta ser revogada. Deixo de condenar os Suplicados no pagamento dos honorários advocatícios, por não terem sido requeridos na exordial"*.

Aos fólios 02/03, petição inicial. Em síntese, pleitearam o reconhecimento, por sentença, da filiação biológica existente entre os autores e seu adotante, expedindo, por conseguinte, Mandado ao Cartório de Registro Civil Competente. Ao fim, requereram o reconhecimento da sua qualidade de herdeiros.

Emenda à inicial acostada aos fólios 37/38, comprovando a autenticidade dos documentos a ela acostados e corrigindo o nome de uma das testemunhas arroladas.

Devidamente citado, o inventariante do Espólio réu e outros apresentaram contestação (fls. 48/49), alegando, como matéria de defesa, a carência da ação por conta de os autores já terem sido efetivamente adotados, faltando-lhes, assim, interesse em ter reconhecida a filiação biológica.

Réplica à contestação colacionada aos autos nas páginas 61, 61v e 62.

Contestação interposta pela parte Raimunda Fernandes de Alencar, aos fólios 75/76, requerendo que a demanda fosse julgada improcedente em sua totalidade.

Face a este instrumento contestatório, os autores apresentaram nova réplica (fls. 79/80).

Termo de audiência colacionado à pagina 83 dos autos, onde verifica-se que esta deixou de ocorrer por ausência de intimação de algumas das partes.

Petição aos fólios 97/99, requerendo o regular processamento do feito.

Parecer Ministerial exarado em fólios 99v e 100, opinando no sentido de que carecem de legitimidade os autores na presente demanda.

Aos fólios 101/102, peticionaram os autores rebatendo os argumentos trazidos pelo Representante do Ministério Público.

O juízo de primeiro instância exarou sentença aos fólios 103/106, julgando improcedente a presente demanda com fundamento nos arts. 267, VI, e 269, I, do CPC.

Face à mencionada decisão, apelaram os autores (fólios 110/111), buscando a anulação da sentença para que uma nova seja proferida. Fundamentaram tal recurso na alegação de que inexiste a carência da ação.

Contrarrazões aos fólios 112/116.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça (fls. 124/125), opinando pelo conhecimento do recurso para, entretanto, negar-lhe provimento.

Aos fólios 132/133, este E. Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso apelatório, determinando o normal curso do processo, inclusive com nova produção probatória.

Em razão do Acórdão retro mencionado, o Espólio réu apresentou Recurso Especial (fls. 138/143). Inobstante, a tal recurso fora negado seguimento por decisão do Desembargador Presidente deste E. Tribunal de Justiça colacionada aos fólios 158/160 por ter entendido que o instrumento recursal não apresentava as condições mínimas de assunção ao Colendo Superior Tribunal de Justiça.

Petição pelos autores colacionada aos fólios 168/169.

Termos de depoimentos testemunhais aos fólios 203/204.

Nova sentença exarada pelo juízo de primeira instância aos fólios 206/209. Em tal decisão, os pedidos autorais foram julgados parcialmente procedentes, no sentido de reconhecer a filiação biológica entre os autores e o Sr. Francisco Alves Prado. Entretanto, o juízo *a quo* houve por bem não expedir o Mandado de Averbação em virtude dos demandantes já serem registrados com a filiação paterna reconhecida por força da adoção, além de entender que o instituto da adoção é irrevogável. Ao fim, deixou de condenar os apelados no pagamento de honorários advocatícios, tendo em vista não ter havido pedido expresso a respeito em sede de inicial.

Face à decisão de fls. 206/209, os autores interpuseram recurso apelatório (fls. 211/215), pleitando a reforma da sentença no sentido de que fosse autorizado o registro da filiação biológica entre os autores e seu genitor. Além, por entender que os honorários de sucumbência são aceitos como pedidos implícitos na exordial, requereu o seu arbitramento no patamar de 20% sobre o valor da causa.

Parecer advocatício colacionado aos fólios 216/220, opinando pela procedência da ação.

Contrarrazões aos fólios 222/224.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, opinando pela manutenção da

sentença proferida pelo juízo de primeira instância (fls. 234/237).

Dentre os fólios de nº 246/286, observa-se o trâmite do conflito de competência, o qual este E. Tribunal decidiu tratar-se desta Relatoria a competência para apreciação da presente demanda.

É O RELATÓRIO.

VOTO

Conheço do recurso por presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Avançando no mérito, tem-se por oportuno destacar que a extensão do efeito devolutivo da *apellatio* é definida pelo próprio recorrente, sendo certo que a matéria a ser apreciada pelo Tribunal é composta pelas matérias de fato e de direito trazidas à tona no recurso.

Em conformidade ao brocardo *tantum devolutum quantum apellatum*, que corresponde à ideia de que a apreciação do juízo *ad quem* é delimitada por aquilo que se recorre, podendo ser igual ou menos extenso, é que o Tribunal se manifesta somente sobre aquilo que é devolvido.

In casu, a matéria controvertida que foi devolvida se manifesta em dois pontos, quais sejam, a verificação da alegada possibilidade de revogação da adoção, a fim de que seja realizado o registro da forma de filiação verdadeira e do requerimento de majoração dos valores arbitrados a título de honorários advocatícios.

Da análise detida dos autos, primeiramente, verifica-se que a controvérsia se perfaz em peculiar situação na qual o pai biológico adotou os próprios filhos, uma vez serem estes frutos de relacionamento extraconjugal. Isto, pois, com a legislação cível vigente à época do nascimento dos apelantes, ficou impossibilitado o registro de paternidade, já que o genitor ainda encontrava-se em matrimônio com mulher diversa da mãe daqueles.

Ressalte-se, aqui, que restou incontroverso o fato de os apelantes serem filhos biológicos do Sr. Francisco Alves Prado.

Assim, entendeu por bem adotar os próprios descentes, tendo, por derradeiro, procedido com o registro de adoção de cada um deles quando o antigo matrimônio foi dissolvido.

Buscaram os apelantes, desta feita, fosse reconhecida a filiação biológica e o seu direito de herança, o que o fizeram nos seguintes termos (fólio 03, petição inicial)

> Os investigantes são, pois, filhos naturais do investigado e de Eleny Cordeiro Salomão, que viveram em concubinato de 1960 a 1978, fato de conhecimento de todos, confirmado inclusive pelo investigado quando em vida e que será reafirmado pelo depoimento de testemunhas e documentos ora acostados e a serem acostados aos autos no decorrer da investigação;

> Esperam, portanto, seja-lhes reconhecida a paternidade por sentença e, em consequência, sejam admitidos como herdeiros nos autos deixados por seu pai – Proc. 00.02.49486-8 – antigo 40.934/79 – Cartório Botelho; [sic]

O deslinde do trâmite processual culminou no reconhecimento, por sentença (fólios 206/208), da procedência dos pedidos autorais, notadamente no que tange a existência de filiação biológica entre o investigado e os ora recorrentes.

Inobstante, o juízo de primeira instância se absteve em expedir Mandado de Averbação aos cartórios competentes diante da preexistência de registro de filiação paterna instituída em razão da adoção. Justificou o juízo *a quo* tal decisão na assertiva de que a adoção não pode ser revogada.

Como se observa pelo documento apelatório, busca a parte inconformada com a sentença no intuito de que seja expedido Mandado de Averbação aos cartórios competentes para fazer constar a paternidade biológica dos recorrentes

DO INTERESSE

Ainda que o ordenamento normativo constitucional advindo da promulgação da Constituição Federal de 1988 tenha execrado quaisquer distinções entre filhos naturais e adotivos, observa-se que o interesse dos apelantes não reside propriamente em âmbitos patrimoniais, persistindo como verdadeira tipicidade de direito de personalidade, qual seja, de que em seus registros públicos conste a filiação biológica.

Assim, o tratamento isonômico garantido a todos os filhos por força, principalmente, do parágrafo 6º, do art. 227, da Constituição, cujo teor redacional deixa expresso que "*os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação*", não obsta o interesse dos autores em que seja anulado o ato de adoção para que fique registrado o vínculo biológico com seu genitor.

O respaldo de tal conclusão é ainda mais abalizado quando se leva em consideração que o registro do vínculo biológico somente não ocorrera por proibição expressa do ordenamento jurídico vigente à época do ato de adoção, especificamente o art. 358 do Código Beviláqua, que assim dispunha:

> Art. 358. Os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos.

Como bem se depreende das provas acostadas aos autos, era indubitável a vontade do genitor dos recorrentes em reconhecer a sua paternidade natural, tendo procedido com o ato de adoção como forma única encontrada para se garantir um vínculo que mais se aproximava ao reconhecimento da real forma de filiação.

DA REVOGAÇÃO DA ADOÇÃO

Sobre a possibilidade de anular-se o ato de adoção, imperioso se mostra transcrever as palavras de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (Curso de Direito Civil – Famílias. Vol. 6. 4ª ed. Editora JusPodivm. Salvador, 2012. Pág. 1054):

> [...] em casos pontuais e especiais será possível o cancelamento da adoção e o restabelecimento do poder familiar com a intenção de resguardar os interesses existenciais (jamais para fins patrimoniais) e a dignidade do adotado. [...] a regra geral do sistema continua sendo (e não pode ser diferente) a irrevogabilidade e irretratabilidade da adoção, apenas sendo possível excepcionar a regra em casos justificáveis para o amplo respeito aos princípios fundamentais do ordenamento, em especial a dignidade humana.

Na esteira do raciocínio dos mencionados autores, verifica-se ser indubitável que o interesse dos apelantes não reside na órbita patrimonial, isto, pois, quaisquer direitos desta espécie já estão garantidos pelo tratamento isonômico garantido pela Carta Maior, como já demonstrado.

Em verdade, o direito buscado pelos recorrentes é vinculado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana: muito mais que a busca por interesses sucessórios, há de se reconhecer o direito de reconhecimento de filiação biológica havido entre os apelantes e seu adotante – o que já restou confirmado no trâmite desta demanda – e o consequente e evidente direito de personalidade, que é o registro do verdadeiro vínculo existente.

Pontual a lição de Carlos Roberto Gonçalves: (Direito Civil Brasileiro. – Direito de Família. Vol. VI. 5ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2008. Pág. 346)

> Sendo a adoção e o reconhecimento de filhos institutos diversos, de efeitos diferentes, não há empeço a que se adotem filhos havidos fora do casamento. Tem-se entendido, com efeito, que nada impede o pai, quando não queira reconhecer seu filho nascido de relações extramatrimoniais, de se utilizar da adoção para lhe dar a qualidade de filho adotivo, como se ele fora um terceiro e estranho. **Tal circunstância não impede o filho de não aceitar a adoção e pleitear o reconhecimento judicial da paternidade.**

Não se duvida que o ato jurídico é regido pela Lei vigente à sua época, em concordância com os princípios do *tempu regit actum* e da irretroatividade da lei. Entretanto, através do amadurecimento da visão axiológica das normas legitimada pelo alto teor jusfundamental inserido na Constituição vigente, ficou assente que o mero formalismo da lei nem sempre se sobrepõe aos valores contidos em determinadas situações encontradas na dinâmica social.

No caso em discussão, verifica-se que o reconhecimento da paternidade biológica encontrou obstáculos na norma então vigente que impedia os genitores de reconhecerem os filhos havidos de relação extraconjugal, bem como na vedação legal

da revogação da adoção.

Entretanto, não tão raro se mostra impossível conformar a lei com a com o mundo dos fatos. Nesse âmbito especialíssimo, de acordo com a técnica da ponderação, sacrifica-se um bem jurídico que, na concretude do caso, apresenta-se valoradamente mais tênue - o rigorismo legal em contraponto à irrevogabilidade da adoção – no intuito de preservar um interesse juridicamente muito mais elevado, que é a proteção à autodeterminação da personalidade daquelas pessoas, os apelantes.

Neste âmbito, imprescindível destacar a jurisprudência lembrada por Farias e Rosenvald (*opus citatum*, Pág. 1054):

> **Adoção. Elementos e circunstâncias dos autos. Direito fundamental à dignidade da pessoa humana. Cancelamento do ato. Possibilidade jurídica do pedido em abstrato, no caso concreto. Interpretação teleológica/sociológica. Princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Teoria da concreção jurídica. Técnica da ponderação.** Situação fático-social. Criança. Proteção integral, com absoluta prioridade. Sentença anulada. Recurso provido. Tem-se conflito das realidades fático-social e jurídica, ocasionado pela escolha indevida do instituto da adoção, ao invés da tutela. **Não se olvida que a adoção é irrevogável, mas o caso sob exame revela-se singular e especialíssimo, cujas peculiaridades recomendam (ou melhor, exigem) sua análise sob a ótica dos direitos fundamentais, mediante interpretação teleológica (ou sociológica), com adstrição aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, dando-se azo, com ponderação, à concreção jurídica, máxime por envolver atributo da personalidade** de criança advinda de relacionamento "aparentemente" incestuoso, até porque o infante tem proteção integral e prioritária, com absoluta prioridade, assegurada por lei ou por outros meios. (TJ/MG, ApCív.10056.06.132269-1/001(1) - Comarca de Barbacena, rel. Des. Nepomuceno Silva, j.6.12.07, DJMG 9.1.08). (destacou-se).

Ainda,

> Apelação cível – Ação ordinária visando à dissolução de adoção – demanda ajuizada consensualmente pelo adotante e o adotado – Vínculo estabelecido entre o filho e o marido da mãe biológica que, após quatro anos da consolidação do processo adotivo, separou-se do adotante – Inexistência de qualquer vínculo afetivo entre os envolvidos - Situação mantida formalmente, que acabou gerando a instabilidade psicológica do adotado em face da obrigação de manter um sobrenome com o qual não se identifica "Dever de observância do princípio da dignidade da pessoa humana". Inteligência do artigo 1º, III, da Constituição Federal - Decisão reformada para julgar procedente a pretensão dos apelantes - Recurso provido. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Apelação Cível 2005.032504-8, julgada em 16.12.2005, relator o Des. Sérgio Izidoro Heil).

Necessário, além, se mostra analisar o espírito da lei que torna defesa a revogabilidade da adoção. Tal regramento é encontrado no art. 38, parágrafo 1º, do

Estatuto da Criança e do Adolescente e tem o seguinte teor:

> § 1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei.

Assim, tem-se que o intuito da lei é proteger a **criança** ou **adolescente** adotado do grave transtorno psicológico que seria o abandono causado pela revogação da adoção, se fosse possível, o que obviamente não é o caso dos autos.

Há, portanto, de concluir-se que o formalismo da lei impeditiva de revogação da adoção não deve sobressair sobre a imperiosidade de proteger-se o direito inerente à personalidade dos recorrentes, isto é, de poderem ter por anulado o registro de seu genitor como adotante para, em seguida, proceder com o registro constando a verdadeira filiação – a biológica.

Isto, pois, salvo melhor juízo, considera-se que o direito em debate decorre diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que, inclusive, encontra-se em primeiro plano no ordenamento constitucional vigente, vez ser previsto como verdadeiro fundamento da Constituição – art. 1º, inciso III.

Ressalta-se o entendimento de Edinês Garcia (Direito de Família: Princípio da dignidade da pessoa humana. Editora de Direito. São Paulo, 2003. Pág. 152):

> Tendo a Constituição Federal de 1988 consagrado a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito, é de rigor que a leitura do novo Código Civil seja pautado por este princípio que estabelece a preponderância do privado e do individual sobre o público e o comunitário, reconhecendo que a dignidade da pessoa humana situa-se na parte mais íntima e mais secreta do indivíduo.

Além, cumpre destacar que, como o ato de adoção fora realizado na vigência do Código Civil de 1916, era suficiente a escritura pública para sua concretização, vez que o art. 375 do mencionado *Codex* deixava expresso que:

> Art. 375. A adoção far-se-á por escritura pública, em que se não admite condição, nem termo.

Desta feita, ao contrário do ordenamento jurídico em vigência, não era necessária a formalidade de uma sentença judicial para que a adoção fosse válida. Assim, não há o que se falar na necessidade de se desconstituir sentença que concedeu a adoção, pois esta não existiu, mas tão somente na anulação do registro público efetuado.

Entende-se, por derradeiro, assistir razão aos apelantes e, por consequência, que a sentença exarada pelo juízo de primeira instância merece reforma, a fim de que seja garantido o direito dos autores em anular o registro de adoção, para que, em seu lugar, seja procedido o registro de filiação biológica no cartório competente.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Conforme se depreende da leitura da sentença acostada aos fólios 206/209, o juízo de primeira instância houve por bem deixar de condenar os demandados no pagamentos dos honorários de sucumbência diante da ausência de pedido expresso na petição inicial.

Por consequência, os apelantes cuidaram de impugnar tal decisão no intuito de que os ora recorridos fossem condenados no pagamento de honorários advocatícios arbitrados no valor de 20% do valor da causa, o que fez nos seguintes termos:

> Requer, ainda, que os honorários advocatícios sejam fixados à base de 20%, sendo metade deles destinados ao Estado do Ceará, haja visto o zelo dos profissionais da Defensoria Pública que atuaram no presente feito, e a outra metade, aos causídicos subscritores, que, têm lutado ferrenhamente, na busca do direito dos autores, conforme se constata nos autos.

De fato, é entendimento pacífico tanto em doutrina quanto em jurisprudência dos tribunais pátrios que o pedido de condenação a título de honorários advocatícios é pedido implícito.

Ora, os honorários advocatícios decorrem da sucumbência da parte da demanda e, portanto, devem ser fixados independentemente de pedido.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE PROTESTO CONTRA ALIENAÇÃO DE BENS. HONORÁRIOS NÃO FIXADOS NA SENTENÇA. FIXAÇÃO POSTERIOR. PEDIDO IMPLÍCITO. - **Os honorários advocatícios decorrem da sucumbência da parte nademanda e por isso devem ser fixados independentemente de pedido, tendo em vista o princípio da causalidade.** - Agravo no recurso especial não provido.
> (1157197 SP 2009/0173406-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/06/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/06/2011).

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. **HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PEDIDO IMPLÍCITO.** POSSIBILIDADE. PRECLUSÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. VASTIDÃO DE PRECEDENTES.
> 1. É desnecessária a menção expressa aos honorários advocatícios por qualquer dos litigantes para que sejam analisados, pois são considerados pedidos implícitos.
> 2. Não há preclusão no pedido de fixação de verba honorária, no curso da execução, mesmo que a referida verba não tenha sido pleiteada no início do processo executivo, tendo em vista a inexistência de dispositivo legal que determine o momento processual para aquele pleito.

> 3. Vastidão de precedentes.
> 4. Agravo regimental não provido (726279 RS 2005/0027073-6, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 07/10/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/11/2008)

Na mesma esteira, destaca-se o entendimento de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 11ª edição. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2010. Página 293):

> **Pedido Implícito.** Há alguns pedidos que se encontram compreendidos na petição inicial, como se fossem pedidos implícitos. Isto porque seu exame decorre da lei, prescindindo de alegação expressa do autor. São eles os de: a) juros legais (CPC 293); b) juros de mora (CPC 219); c) correção monetária (LCM), porque mera atualização da moeda, não se constituindo em nenhuma vantagem para o autor que não a pediu; **d) despesas processuais e honorários advocatícios (CPC 20);** e) pedido de prestações periódicas vincendas (CPC 290).

Assim, verifica-se que também neste ponto a sentença merece reparos, pois os honorários de sucumbência devem ser arbitrados independentemente de pedido expresso em petição inicial.

O artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, dispõe que "os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos: a) o grau de zelo do profissional; b) o lugar de prestação do serviço; c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço".

Diante disto, entendo por necessário acolher o pedido realizado em sede de apelação sobre a possibilidade da condenação em honorários advocatícios independente de pedido expresso em exordial. Em conformidade ao princípio da proporcionalidade, sem olvidar do grau de zelo dos causídicos à presente demanda, entendo cabível tal condenação no patamar de 20% do valor da causa.

Isto posto, conheço do presente **RECURSO APELATÓRIO** para dar-lhe **TOTAL PROVIMENTO**, a fim de reconhecer a possibilidade de revogação do ato de adoção dos apelantes para, por conseguinte, proceder-se com o registro cartorário da filiação biológica destes com o adotante, além de condenar a parte recorrida ao pagamento de 20% sobre o valor da causa a título de honorários advocatícios, com base no art. 20, §4º, do CPC, sendo devidos 10% aos advogados constituídos pelos apelantes e 10% a serem revertidos à Defensoria Pública do Estado do Ceará.

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 05 de setembro de 2012.

Apelação Cível nº. 0096249-56.2009.8.06.0001

Apelante: Estado do Ceará
Apelada: Wilson Melo Jardim
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONCURSO PÚBLICO. PRELIMINARES AFASTADAS. INCLUSÃO DE CANDIDATO EM CURSO DE FORMAÇÃO E, POSTERIORMENTE, EM SOLENIDADE DE COLAÇÃO DE GRAU E PROMOÇÃO A SOLDADO BOMBEIRO MILITAR. IMPOSSIBILIDADE. NOTA OBTIDA NA PRIMEIRA FASE DO CONCURSO FOI INFERIOR AO MÍNIMO ESTABELECIDO NO EDITAL PARA O PROSSEGUIMENTO NO CERTAME. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

- A lide versa sobre o concurso público para ingresso na carreira de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar, tendo como objeto a continuidade no certame de candidato que obteve nota superior à mínima exigida, mas inferior à necessária para o avanço à fase seguinte.
- Deve ser repelida a preliminar de vedação ao Judiciário de controle sobre o mérito administrativo. É sabido que o princípio da separação dos poderes impõe certos limites à atuação judicial no controle dos atos administrativos. A ideia de que o mérito do ato não pode ser objeto do controle jurisdicional, entretanto, comporta exceções quando a lei estabelece um rol de opções ao agente público, não podendo o executor do ato delas se afastar, bem como na hipótese de a atuação encontrar-se balizada por conceitos jurídicos indeterminados. Há, portanto, que se analisar a atuação administrativa em confronto com a lei que rege o ingresso na carreira objeto do certame, o que se confunde com o mérito recursal. Preliminar afastada.
- O recorrido ajuizou a ação contra o ato que impediu sua inclusão na solenidade de colação de grau e a consequente promoção a Soldado BM, uma vez que sua anterior inclusão em Curso de Formação havia se dado por força de decisão judicial. Não se voltou diretamente conta normas editalícias, devendo ser rechaçada a tese de preclusão.
- Afasta-se, também, a preliminar de litisconsórcio passivo necessário, uma vez que os candidatos detém mera expectativa de direito, não se enquadrando na regra do art. 47, do CPC.
- A documentação acostada aos autos informa que 42,00 pontos foi a nota necessária para se avançar no certame. Não há que se fazer confusão entre essa nota e a pontuação mínima estipulada no edital como sendo de 36,00 pontos. Tratam-se de critérios diversos, ambos contemplados no edital.
- Tendo o apelado obtido 40,00 (quarenta) pontos, não poderia ter avançado no certame.

- Sendo precária a continuidade do recorrido no concurso, não há falar em fato consumado, conforme o entendimento mais recente desta Corte e do STJ.
- Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº. 0096249-56.2009.8.06.0001, em que figuram as partes acima referidas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do apelo e do Reexame Necessário em referência, para lhes dar provimento nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível, interposta (às fls. 91/110) pelo Estado do Ceará, em face de Wilson Melo Jardim, objetivando a reforma da sentença, de fls. 84/88, que determinou a promoção do recorrido ao cargo de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar. Por ocasião desse pronunciamento, o magistrado de piso antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

Na exordial, às fls. 03/23, relata o autor que, por força de decisão judicial em caráter precário, foi incluído em Curso de Formação Profissional, última etapa do concurso para ingresso na carreira de Soldado do Corpo de Bombeiros Militar. Alega que não lhe foi concedido parecer favorável à promoção de Soldado, motivo pelo qual foi ajuizada prévia ação cautelar, bem como a presente ação principal. Relata que nos demais testes físicos havia logrado aprovação, o que torna injustificável sua não promoção. Afirma que, em conformidade com o art. 209, da Lei nº 13.279/06, aquele inscrito em Curso de Formação já é considerado Soldado.

Informa que a conclusão do Curso de Formação com êxito acarreta a aplicação da Teoria do Fato Consumado. Conclui, requerendo a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional no sentido de lhe garantir a participação na solenidade de colação de grau com a devida promoção a Soldado Bombeiro Militar.

Acostou documentos de fls. 24/43.

Em sua contestação, de fls. 50/68, o Estado do Ceará esclarece que o demandante ajuizou cautelar preparatória para obter a continuidade no certame, uma vez que sua nota (40,00 pontos) foi inferior à nota de corte (42,00 pontos). Deduziu várias teses de defesa, as quais serão relatadas e apreciadas conforme devolvidas no recurso apelatório.

Acostou documentos de fls. 69/78.

Parecer Ministerial, à fl. 82, pela inexistência de interesse público primário subjacente à causa.

O ***decisum*** apelado, partindo da premissa de que o autor obteve decisão judicial em seu favor permitindo a participação no Curso de Formação e que teria logrado êxito nessa fase concursal, aplicou a Teoria do Fato Consumado para julgar procedente a ação, confirmando a antecipação dos efeitos da tutela anteriormente deferida, para que o demandante seja promovido a Soldado Bombeiro Militar, com todos os direitos inerentes ao cargo.

O apelo do Estado do Ceará, às fls. 92/110, preliminarmente, suscitou a impossibilidade de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade. Assim, a pretensão do apelado não poderia ser submetida ao Judiciário. Alegou a ocorrência da preclusão do direito de questionar as normas editalícias relativas à pontuação necessária à aprovação na primeira fase do concurso. Aduziu a nulidade da sentença por ausência de citação dos litisconsortes necessários.

No mérito, devolveu a legalidade do perfil mínimo a ser alcançado no exame intelectual (primeira fase), haja vista a regulamentação do certame estar afeta à discricionariedade administrativa, tendo essa sido exercida nos estreitos limites do art. 10, da Lei Estadual nº 13.729/06. Alegou que, por ocasião de decisão liminar, o apelado sequer participou das fases posteriores ao exame intelectual e anteriores ao Curso de Formação: etapa médica, física e psicológica. Questiona, ainda, o fato de o autor não ter sido aprovado no Curso de Formação Profissional. Aponta o malferimento ao princípio da isonomia.

Sobre a teoria do fato consumado, adotada na sentença vergastada, defende que o requerente não pode pleitear sua nomeação e posse, ou mesmo sua classificação definitiva no concurso, até eventual trânsito em julgado de decisão judicial que lhe tenha sido favorável.

Atacou, ao final, a antecipação dos efeitos da tutela, uma vez que a Lei nº 9.494/97 teria vedado tal concessão em desfavor da Fazenda Pública.

Contrarrazões, às fls. 111/122, além de refutar as teses de apelação, informou que concluiu o Curso de Formação, fato superveniente a ser considerado no julgamento do recurso, além de que há interesse público em sua nomeação, ante a existência de vagas ociosas na carreira.

Recurso recebido no efeito devolutivo, somente, à fl. 180.

Parecer da douta PGJ, às fls. 190/199, pelo desprovimento do recurso ante o lapso temporal decorrido, atraindo a aplicação da Teoria do Fato Consumado.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos dos recursos, passo análise das matérias devolvidas no apelo manejado pelo Estado do Ceará.

Primeiramente, analiso as preliminares: a) impossibilidade de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade; b) ocorrência da preclusão do direito de questionar as normas editalícias relativas à pontuação necessária à aprovação na primeira fase do concurso; c) nulidade da sentença pela ausência de citação dos litisconsortes necessários.

Sobre a vedação ao Judiciário de controle sobre o mérito administrativo, estando o controle jurisdicional adstrito à legalidade, há que se fazer algumas considerações.

É sabido que o princípio da separação dos poderes impõe certos limites à atuação judicial no controle dos atos administrativos.

A ideia de que o mérito do ato não pode ser objeto do controle jurisdicional, entretanto, comporta exceção quando as possíveis condutas estabelecidas em lei para serem utilizadas segundo a conveniência e a oportunidade são desobedecidas pelo administrador. Assim, positivadas opções ao agente público, não pode o executor do ato delas se afastar.

Escolhendo uma conduta não prevista em lei, estará o administrador ferindo o princípio da legalidade, autorizando o controle judicial de seu ato, ainda que referente ao mérito administrativo.

E não é só.

A lei que determina a atuação do agente público muitas vezes veicula conceitos jurídicos indeterminados para balizar a discricionariedade.

Ainda assim, a despeito da dificuldade de se estabelecer um senso comum sobre o significado e o alcance de tais conceitos, o Poder Judiciário poderá aferir a razoabilidade ou proporcionalidade da conduta escolhida pelo administrador. Isto porque se trata de princípio geral, albergado pela Constituição Federal, que rege toda atuação estatal e até mesmo determinadas condutas privadas. Trata-se de verdadeira garantia contra o excesso dos Poderes seja no desempenho de suas funções típicas quanto nas atípicas.

Deste modo, a simples alegação de que este Poder não pode adentrar o mérito do ato discricionário não prospera.

Há, portanto, que se analisar a atuação administrativa em confronto com a lei que rege o ingresso na carreira objeto do certame.

Como tal matéria confunde-se com o mérito, reservo-me a apreciá-la em momento oportuno. Por ora, afasto a preliminar suscitada.

Não prospera, também, a tese da preclusão, suscitada pelo apelante.

Veja-se que o recorrido ajuizou a ação contra o ato que impediu sua inclusão na solenidade de colação de grau e a consequente promoção a Soldado BM, uma vez que sua anterior inclusão em Curso de Formação havia se dado por força de decisão judicial.

Não se está, portanto, a discutir cláusulas editalícias, mas atos administrativos concretos e individuais, consistentes no impedimento à matrícula no Curso de Formação e na posterior negativa de participação na solenidade de colação de grau.

É de ser afastada, por fim, a preliminar de litisconsórcio passivo necessário.

Isto porque os candidatos detém mera expectativa de direito, de modo que não se enquadram na regra do art. 47, do CPC.

Assim, já decidiu esta egrégia Corte:

> **"**DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. 1º) PRELIMINARES DE LITISPENDÊNCIA, DECADÊNCIA E LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO COM OS DEMAIS CANDIDATOS APROVADOS. REJEIÇÃO. 2º) MÉRITO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATA EXCLUÍDA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO SOCIAL. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA COM TRÂNSITO EM JULGADO. ARQUIVAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL INSTAURADO EM SEU DESFAVOR. ATO ADMINISTRATIVO QUE DEVE SER ANULADO PELO PODER JUDICIÁRIO.
> (...)
> 3. A pretensão da impetrante não viola o artigo 47, parágrafo único, do CPC, pois o simples reconhecimento do direito à sua nomeação, não tem o condão de afetar a disponibilidade jurídica dos outros candidatos aprovados para o mesmo certame.
> (…) (Mandado de Segurança 1423263200980600000 **Relator(a):** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO **Órgão julgador:** Tribunal Pleno **Data de registro:** 19/11/2010)"

No mesmo sentido é o entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCURSO PÚBLICO. LITISCONSÓRCIO PASSIVO. CITAÇÃO DOS DEMAIS CANDIDATOS. ART. 47 DO CPC. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES.
> 1. "A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme em que é desnecessária a citação dos demais concursandos como litisconsortes necessários, eis que os candidatos, mesmo aprovados, não titularizariam direito líquido e certo à nomeação, mas tão-somente expectativa de direito, não se aplicando o disposto no artigo 47 do Código de Processo Civil." (AgRg no REsp 809.924/AL, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2006, DJ 05/02/2007 p. 422) 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 961.149/AL, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)"

De tudo o que foi exposto pelas partes, vejo que o candidato não alcançou a nota mínima exigida para a aprovação no exame intelectual. Veja-se o que estabelece a cláusula nº 84, do Edital (fls. 80/90):

> "Estará habilitado para segunda fase o candidato aprovado na primeira fase e cuja nota da Prova de Conhecimentos Gerais o situe no conjunto dos candidatos com melhores notas até o limite do dobro do número de cargos referentes a cada um daqueles constantes no ítem I."

A documentação acostada aos autos informa que 42,00 pontos foi a nota necessária para se avançar no certame. Não há que se fazer confusão entre essa nota e a pontuação mínima estipulada no edital como sendo de 36,00 pontos. Tratam-se de critérios diversos, ambos contemplados no edital.

Assim, o candidato, independentemente da nota de seus concorrentes, deveria obter a nota mínima de 36,00 pontos para que não fosse sumariamente eliminado. Além desse critério, a Administração entendeu por estipular outra exigência: somente o dobro dos candidatos em relação às vagas ofertadas avançariam para a segunda fase. É o que se convencionou chamar de "nota de corte".

Com efeito, não bastava a obtenção dos 36,00 pontos. A depender do desempenho dos demais concorrentes, a nota exigida para a continuidade no certame poderia ser superior, como de fato foi. Neste certame, a "nota de corte" restou fixada em 42,00 (quarenta e dois) pontos.

O apelado Wilson Melo Jardim alcançou 40,00 (quarenta) pontos, nota superior à mínima estipulada no edital (trinta e seis), mas inferior à "nota de corte" de 42,00 pontos.

Desse modo, ainda que se fale em anulação de questões, não há prova nos autos de que tais anulações elevariam suas pontuações ao patamar da nota de corte.

Como se vê, o candidato não poderia ter seguido na disputa, uma vez que não atendeu às exigências editalícias:

> "ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR COM ARRIMO NO ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INOVAÇÃO DA LIDE EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. APRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO PÚBLICO. POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DA BAHIA. CANDIDATOS APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA, MAS NÃO CLASSIFICADOS DENTRO DAS VAGAS PREVISTAS NO EDITAL. PROSSEGUIMENTO NAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME POR FORÇA DE LIMINAR. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DO FATO CONSUMADO. PARTICIPAÇÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. PRECEDENTES.
> (...)

> 6. Não obtida classificação dentro do número de vagas fixado no edital, não há direito líquido e certo de participar do curso de formação relativo ao concurso público.
> (…) (AgRg no RMS 28.190/BA, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 13/09/2010)"

> "RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE DA POLÍCIA CIVIL DO ESTADO DA BAHIA - CANDIDATOS APROVADOS NA PRIMEIRA ETAPA QUE NÃO OBTIVERAM CLASSIFICAÇÃO SUFICIENTE PARA PARTICIPAREM DAS DEMAIS ETAPAS DO CERTAME - AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO - RECURSO DESPROVIDO.
> 1. Nos termos do Regulamento do Curso de Formação (Dec. 27.368/80, art. 4º, I, letra "a"), a autoridade coatora, observando as vagas oferecidas pelo Edital e as abertas posteriormente pelo Chefe do Executivo Estadual, convocou, para a realização do exame físico e psicotécnico e, em seguida, para o Curso de Formação, os candidatos classificados, na primeira etapa, em até o 636º lugar.
> 2. Tendo os Recorrentes sido classificados, na prova objetiva, em 1.233º e 1.783º lugares, não possuem eles direito líquido e certo a serem convocados para as demais etapas do certame.
> Precedentes.
> 3. Recurso ordinário desprovido. (RMS 21.087/BA, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 04/05/2006, DJ 01/08/2006, p. 548)"

Sendo precária a continuidade do recorrido no concurso, não há falar em fato consumado, conforme o entendimento mais recente desta Corte e do STJ:

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. POSSE POR FORÇA DE LIMINAR. TEORIA DO FATO CONSUMADO. RECURSO ESPECIAL QUE NÃO TEVE SEU MÉRITO ANALISADO. DECISÃO PRECÁRIA. POSSÍVEL REVERSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA.
> [...]
> 2. Esta Corte tem entendido que a teoria do fato consumado não pode resguardar situações precárias, notadamente aquelas obtidas por força de liminar, em que o beneficiado sabe que, com o julgamento do mérito da demanda, a quadro fático pode se reverte.
> 3. Agravo regimental não conhecido. (AgRg nos EDcl no REsp 442.835/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 08/06/2009)"

> "ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO REGIMENTAL. POSSIBILIDADE. PEDIDO PRINCIPAL E ALTERNATIVO. PEDIDO PRINCIPAL NÃO ACOLHIDA EM FACE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 07/STJ. ACOLHIMENTO DO PEDIDO ALTERNATIVO. POSSIBILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. INAPLICABILIDADE.

> [...]
> 3. É inaplicável a Teoria do Fato Consumado, segundo o entendimento consolidado deste Superior Tribunal de Justiça, na medida em que a candidata tomou posse sabendo que seu processo judicial ainda não havia findado, submetendo-se, portanto, aos riscos da reversibilidade do julgamento.
> 4. Embargos de declaração conhecido como agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 970.400/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 02/04/2009, DJe 04/05/2009)"
>
> "ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA CIVIL. SENTENÇA QUE CONCEDE APENAS A PARTICIPAÇÃO NAS ETAPAS SUBSEQÜENTES. RECURSO DE APELAÇÃO DO ESTADO. DETERMINAÇÃO DE NOMEAÇÃO DOS CANDIDATOS. REFORMATIO IN PEJUS CONFIGURADA. AFRONTA AO ART. 515 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. TEORIA DO FATO CONSUMADO. NOMEAÇÃO PRECÁRIA. IMPOSSIBILIDADE.
> (...)
> 2. É de ser afastada a aplicação da teoria do fato consumado nas hipóteses que a nomeação decorre de decisão judicial precária sujeita ao risco da reversibilidade, em face do julgamento definitivo do mérito da demanda, tal como ocorreu no caso em apreço. Precedentes do STJ.
> 3. Recurso especial conhecido e provido. (STJ, REsp 662711 / AL, Ministra Laurita Vaz, Dje 03.11.2008)."

Com efeito, entendo como inexistente o direito pleiteado na exordial para conhecer do recurso e da remessa voluntária, conquanto preenchidos seus requisitos de admissibilidade, e lhes dar provimento.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

Nº 98987-17.2009.8.06.0001/1

APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: CENTERPARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS LTDA
APELADOS: ESPÓLIO DE ILNAH BARBOSA PINHEIRO e
VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ
REVISORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE COMPRA E VENDA C/C ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JULGADOR. 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. Inexiste cerceamento de defesa quando o órgão julgador, convencido da verdade dos fatos, julga antecipadamente o feito e indefere, por conseguinte, a produção de provas orais que não exerceriam influência no deslinde da controvérsia, situação esta presente nos autos sob apreciação.

2. Nos termos da jurisprudência desta C. Corte de Justiça, a ausência de prévio anúncio do julgamento antecipado da lide não implica afronta aos princípios do contraditório e do devido processo legal quando for desnecessária a instrução probatória.

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". (AgRg na MC 18.158/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 17/08/2011)

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 Ordinária promovida por CENTERPARK ADMINISTRAÇÃO DE ESTACIONAMENTOS LTDA em desfavor de VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA e ESPÓLIO DE ILNAH BARBOSA PINHEIRO, todos devidamente qualificados nos autos.

Na exordial, a autora sustenta que firmou contratou de locação predial com ESPÓLIO DE ILNAH BARBOSA PINHEIRO em 1º de julho de 2006, cujo objeto era o imóvel situado na Rua São Paulo, 322, nesta capital. Assevera que, embora conste no contrato apenas o imóvel acima descrito, este se comunica com outro localizado na Rua Senador Pompeu, 731, também utilizado pela locatária, com a permissão dos proprietários, como área de estacionamento. Segundo afirma, o preço da locação, na verdade, corresponde aos dois imóveis citados.

A autora informa que, em 30 de novembro de 2007, fora notificada extrajudicialmente para manifestar seu interesse na aquisição dos imóveis. Contudo, assevera que a notificação se referia, na realidade, a outros imóveis, situados na Rua Barão do Rio Branco, 810 e 814, motivo pelo qual não lhe gerou nenhuma preocupação. Salienta que os imóveis lhe foram ofertados pela quantia de quatro milhões de reais.

Ademais, sustenta que, posteriormente, constatou, junto ao Cartório de Registro de Imóveis da 2ª Zona de Fortaleza, que o imóvel objeto do contrato de locação havia sido adquirido pela empresa ré, VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA, o que afrontaria seu direito de preferência, disposto no Art. 27, da Lei nº 8.245 de 1991.

Devidamente citada, a empresa VR ADMINISTRADORA apresentou contestação às fls. 61/70, defendendo, em síntese, que a parte, ao formular o pedido, sequer pugnou pela adjudicação do imóvel. Ademais, informa que na notificação extrajudicial foi dada a preferência para a autora adquirir o imóvel locado, "sendo que no dia 07/01/2008, o representante legal da locatária, Senhor Antônio Araújo de Oliveira, escreveu de seu próprio punho que: 'OBS: NÃO HÁ INTERESSE POR ESTE VALOR PODEREI FAZER UMA CONTRA PROPOSTA' ASSINATURA., portanto não há de se falar que não fora notificado da venda do imóvel" (sic fls. 63).

O segundo promovido, ESPÓLIO DE ILNAH BARBOSA PINHEIRO, por seus representantes, apresentou contestação às fls. 84/91, suscitando, em preliminar, impossibilidade jurídica do pedido, diante da não violação ao direito de preferência e inépcia da inicial. No mérito, defende que na notificação enviada a autora os imóveis foram corretamente descritos, em que pese constar o número errado das matrículas. Ademais, informa que o valor da transação de compra e venda firmada entre o Espólio e a empresa adquirente VR ADMINISTRADORA E INCORPORADORA DE IMÓVEIS LTDA, já foi devidamente retificado no Cartório de Registro de Imóveis, não passando de mero equívoco cometido quando do registro da escritura de compra e venda.

Sentença lançada às fls. 111/120 pelo MM. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza. Na ocasião, o douto magistrado julgou improcedente o pleito inicial,

entendendo que foi ofertado à autora o direito de preferência conforme notificação extrajudicial anexada aos autos. Ademais, verificou que o contrato de locação não foi devidamente averbado na matrícula do imóvel objeto da ação, o que impossibilitaria qualquer manifestação da autora no que diz respeito ao direito de preferência.

Irresignada com a decisão, a autora interpôs recurso de apelação às fls. 121/129, pugnando pela reforma da sentença, defendendo, em síntese, a irregularidade da notificação extrajudicial, por se referir a matrículas de outros imóveis. Ademais, sustenta que a matéria aventada na presente ação não é exclusivamente de direito, razão pela qual o magistrado deveria ter designado audiência de instrução para colheita de provas testemunhais.

Contrarrazões às fls. 138/140 e 142/147.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça às fls. 159/168, contudo, sem pronunciamento em relação ao mérito da apelação.

É o breve relatório.

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

Voto

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

Na preliminar da Apelação, o recorrente pugna pela anulação da sentença prolatada em primeiro grau, alegando cerceamento de defesa, tendo em vista que o magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide, sem a necessária produção de provas.

Ao caso em epígrafe, aplica-se o princípio do livre convencimento motivado do julgador, consubstanciado no art. 131 do Código de Processo Civil, pelo qual, se já estiver convencido da verdade dos fatos, torna-se desnecessária a produção de provas orais que, no entender do magistrado (destinatário final da prova), não exerceriam influência no deslinde da controvérsia, situação esta presente nos autos sob apreciação.

O dispositivo legal supramencionado dispõe, *in verbis*:

> "Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento."

No mesmo diapasão, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CONTRATO DE MÚTUO. AUSÊNCIA DE PROVA HÁBIL DE QUE O NEGÓCIO FOI MERAMENTE SIMULADO. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA INDEFERIDO. ARTIGO 565 DO CPC.

> VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
> (...)
> 2. No sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção, não cabe compeli-lo a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, o que ocorreu no presente caso.
> (...)
> 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1341770/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011)

In casu, a sentença impugnada examinou a questão em consonância com o acervo documental presente nos autos, sendo, portanto, despicienda a produção de outras provas para o deslinde da questão.

Portanto, se o magistrado devidamente elencou a *ratio decidendi*, fundamentando seu convencimento na prova existente, não houve cerceamento de defesa, conforme atesta o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA – JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE – LIVRE CONVENCIMENTO DO MAGISTRADO – ACERVO DOCUMENTAL SUFICIENTE – NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA – (...) 2. Quanto à necessidade da produção de provas, o juiz tem o poder-dever de julgar a lide antecipadamente, desprezando a realização de audiência para a produção de provas ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide. 3. Nos termos da reiterada jurisprudência do STJ, "a tutela jurisdicional deve ser prestada de modo a conter todos os elementos que possibilitem a compreensão da controvérsia, bem como as razões determinantes de decisão, como limites ao livre convencimento do juiz, que deve formá-lo com base em qualquer dos meios de prova admitidos em direito material, hipótese em que não há que se falar cerceamento de defesa pelo julgamento antecipado da lide" e que "o magistrado tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide, desprezando a realização de audiência para a produção de prova testemunhal, ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento." (RESP nº 102303/PE, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 17/05/99). Inexistência de cerceamento de defesa em face do indeferimento de prova pleiteada. (...) (STJ – RESP 200600795802 – (902327 PR) – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 10.05.2007)

Portanto, não há que se falar no alegado cerceamento de defesa pelo fato de a lide ter sido julgada no estado em que se encontrava, dispensando-se a produção

de outras provas.

No mérito, o cerne da irresignação recursal prende-se a uma possível violação ao direito de preferência da autora, ora recorrente, em adquirir os imóveis objetos de contrato de locação entabulado entre a mesma e o Espólio de Ilnah Barbosa Pinheiro.

Segundo defende a empresa apelante, na notificação extrajudicial que lhe fora encaminhada consta a matrícula de imóveis estranhos ao contrato de locação firmado, razão pela qual não se manifestou em tempo sobre o interesse em adquiri-los.

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, 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 autora 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 autora, 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 autora, 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 autora 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)

Essas foram as matérias elencadas no recurso apelatório que foram discutidas desde o início da instrução processual. Contudo, a parte autora, ora insurgente, apenas na apelação, levantou uma série de possíveis irregularidades na realização da compra e venda entre as apeladas, pleiteando, inclusive, que fosse ouvido o Ministério Público para que se manifestasse e tomasse as providências cabíveis.

Entre as alegações, a recorrente sustenta que a venda foi efetivada pelo Espólio sem o alvará judicial, bem como sem o pagamento do Imposto de Transmissão de Causa Mortis e Doação – ITCMD. Ademais levanta dúvidas acerca da origem do dinheiro da compra, levando em consideração que a empresa apelada foi fundada em

abril de 2007, com capital registrado de apenas R$30.000,00 (trinta mil reais) e, em menos de dois anos, efetuou uma compra de R$ 4.000.000,00 (quatro milhões de reais). Por fim, questiona o não pagamento de um laudêmio, pelo fato do terreno ser foreiro de São José, pertencente a Arquidiocese de Fortaleza.

Intimado a se manifestar acerca das questões aventadas, a douta Procuradoria Geral de Justiça, lançou parecer às fls. 159/168, opinando pela rejeição dos argumentos levantados. Nesta oportunidade, colhe-se trecho de referido parecer, *in verbis:*

> Destarte, compulsando os autos, verifica-se que os Impostos de Transmissão em azo, ora pedido, restaram regularmente pagos, consoante depreende-se das fls. 43V e 134v dos autos, bem como a competência para averiguar a arrecadação dos Tributos e a persecução do laudêmio, exposto no pedido, é do Ente Público correspondente, mediante seus Procuradores atuantes, e da Arquidiocese de Fortaleza, respectivamente, não incumbindo ao postulante indagar seu pagamento, por absoluta ilegitimidade, assim como repassá-la ao Ministério Público, tendo em vista o interesse dos credores.
>
> Ademais, resta cediço que os documentos públicos, ora aportados no caderno processual, condizentes, principalmente, a certidões lavradas pelos Cartórios de Notas, são dotados de presunção *iuris tantum* de legitimidade e validade, só podendo ser desconstituída mediante pujante lastro probatório e decisão declaratória do contrário. (…)
>
> Enfim, conquanto aos pedidos [de apurar a origem do dinheiro da compra, levando a consideração que a empresa apelada foi fundada em 02/04/07 e tem um capital registrado de apenas R$ 30.000,00 e em menos de dois anos efetuou uma compra de R$ 4.000.000,00] e a participação da Receita Federal do petitório, certifica-se que esta detém mecanismos adequados para perquirir acerca de qualquer irregularidade pertinente a diferenças dos valores.
>
> De mais a mais, o apelante erigiu matéria alheia ao âmago da presente celeuma, porquanto ventilou acerca da cobrança de tributos e as condições do capital social das empresas, ora apeladas, consubstanciado inovação recursal, conduta rechaçada pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, por conseguinte, não devendo ser apreciada por esta Corte por mitigar os axiomas do duplo grau de jurisdição, da ampla defesa, do contraditório e, principalmente, suprimindo instância.

Assim, acosto-me ao entendimento perfilhado pelo *Parquet,* ocasião em que rejeito, *in totum,* os argumentos lançados no recurso apelatório.

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.

Agravo de instrumento

PROCESSO Nº: 0100657-59.2010.8.06.0000
TIPO: AGRAVO DE INSTRUMENTO C/ PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO
COMARCA: SALITRE
AGRAVANTES: FRANCISCO PEREIRA SOBRINHO E FRANCINEIDE MARIA NONATO
AGRAVADA: MARIA DE FÁTIMA DA SILVA LIMA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO NA ORIGEM DOS REQUISITOS INDISPENSÁVEIS À CONCESSÃO DA TUTELA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - De acordo com a jurisprudência, inclusive desta Corte, em se tratando de ação reintegratória de posse com pedido de medida liminar, faz-se necessário para o deferimento da tutela judicial preambular, que o autor apresente, no início da lide, provas suficientes para a caracterização dos requisitos inculpidos no art. 927 do CPC, dentre os quais, a data do esbulho.

II - No caso destes autos, conforme atesta a documentação apresentada pelos promovidos, ora recorrentes (cópia integral do processo), a recorrida não demonstrou, de forma inequívoca, a data do esbulho, visto que, ao contrário, confessa ter entregue a posse do imóvel, de modo espontâneo, no ano de 2001, sendo certo, ainda, que somente ingressou com a demanda em junho do ano de 2010, circunstância que, por si, revela a posse velha.

III - Nestas condições, considerando que não se encontram presentes os requisitos autorizadores da liminar em reintegração de posse, uma vez que não há comprovação acerca da data do esbulho, inferior a ano e dia, impõe-se a manutenção da decisão anteriormente deferida por esta relatoria, que suspendeu a medida liminar deferida na origem.

IV - Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo de nº 0100657-59.2010.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

Acordam, por votação unânime, os excelentíssimos senhores Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer do presente recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

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

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

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

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

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

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

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

É o breve relatório.

VOTO:

Compulsando atentamente estes autos, verifico, em estudo definitivo, que a presente irresignação atende aos requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, razão pela qual a conheço.

Registre-se, de logo, que os recorrentes cuidaram de acostar à peça recursal em exame todos os documentos colacionados na origem, desde a petição inicial até o mandado de reintegração, de modo a permitir a esta relatoria, o exame detalhado sobre todos os fundamentos que levaram a magistrada singular conceder a citada tutela

jurisdicional.

No caso em apreço, impõe-se a inviabilidade da reintegração almejada, visto que a exordial não comprova a presença dos requisitos estabelecidos no artigo 927 do Código de Processo Civil, o qual dispõe, "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."

Na verdade, conforme consignado na decisão de fls. 66/67, proferida por esta relatoria, o direito invocado neste recurso se revela presente, porquanto, em consonância com a doutrina e jurisprudência sobre o tema, somente deve ser concedida medida liminar em ação reintegratória quando restar evidenciado que se trata de esbulho novo, ou seja, se deu em menos de ano e dia contados da data da entrada irregular no imóvel.

Registre-se que, procedendo minuciosa leitura dos documentos essenciais colacionados a este recurso, notadamente a peça vestibular e documento de fl. 39, verifiquei inexistir qualquer prova concreta da data do alegado esbulho, valendo-se a juíza monocrática de documento emitido pela própria interessada, que, sem a anuência ou ciência dos demandados, não possui qualquer efeito jurídico.

Em outras palavras, conforme confessa a própria promovente por meio do documento de fl. 39, acostada nestes autos pelos agravantes, tem-se que a posse de boa-fé, em favor dos recorrentes, se perfectibilizou em prazo bem superior a ano e dia, o que nos leva à inequívoca conclusão de que se trata de hipótese de posse velha.

Assim, diante da ausência de prova hábil a justificar medida brusca consistente em despejar pessoas que ingressaram no imóvel com boa-fé, ao meu sentir, mais prudente é aguardar o exame de mérito da ação, não sendo, portanto, o caso de deferimento liminar do pedido autoral.

É que, para que haja utilização do rito especial da reintegração de posse com a concessão de medida liminar, faz-se imprescindível a comprovação do lapso temporal que indique ter a posse menos de ano e dia.

Neste sentido, acosto julgamento proferido, por unanimidade de votos, em 15/03/2010, pela 3ª Câmara Cível desta Corte, quando do julgamento do agravo de instrumento de nº 13896-30.2007.8.06.0000/0, em sede de ação de reintegração de posse, sob a relatoria do eminente Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, o qual decidiu, na parte relativa ao tema, nos seguintes termos:

> "EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS INSUFICIENTES PARA

> A CONCESSÃO DE LIMINAR. PROVAS INCONCLUSIVAS SOBRE A SITUAÇÃO POSSESSÓRIA. CPC, ART. 927. PROVIMENTO.
> 1. *Omissis*
> 2. Em sede de liminar possessória, se as provas coligidas na exordial não permitem vislumbrar, com segurança e nitidez, os marcos precisos da posse dos autores e o esbulho imputado ao réu, não se deve conceder a liminar reintegratória, segundo a inteligência do art. 927 do Código de Processo Civil.
> 3. Recurso conhecido e provido. Suspensividade ratificada."

"Mutatis mutandis", no mesmo sentido:

> "EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR INDEFERIDA. POSSE VELHA. IMPOSSIBILIDADE DE DEFERIMENTO LIMINAR. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU.
> - A concessão de liminar em ação de reintegração de posse se submete aos exames dos requisitos do artigo 927 do Código de Processo Civil, a saber: existência da posse, do esbulho e da sua data.
> - 'In casu', restou configurado tratar-se de posse velha, afigurando-se, em conseqüência, a impossibilidade de concessão de medida liminar.
> - Recurso conhecido e improvido." (TJRN - nº 03.002795-0. 2º Câmara Cível. Rel. Des. Judite Nunes. Julgamento em 17.10.2003)

Ademais, há de ser levado em consideração o aspecto pertinente à presunção de boa-fé dos possuidores que, conforme confessou a autora, ingressaram no referido imóvel sob a total e irrestrita anuência da recorrida.

Relativamente ao perigo da demora, tal requisito resta, por demais, evidenciado na medida em que a julgadora singular impôs a imediata reintegração de posse em favor da demandante, o que, por consequência, pode gerar dano irreparável aos agravantes.

Assim, como não restou demonstrado pela promovente, conforme todas as provas anexadas a este instrumento, o esbulho de posse nova, entendo que a lesão que pretendem os agravantes evitar merece acolhimento, não se justificando, pois, a reversibilidade da situação fática em momento prévio ao julgamento final da demanda, sob pena de, com isto, transferir-se o risco de uma parte para outra.

Diante de todo o exposto, conheço do recurso, porquanto presentes os requisitos de admissibilidade, para dar-lhe provimento, determinando, em consequencia, a suspensão, de modo definitivo, dos efeitos da decisão prolatada na origem.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 29 de junho de 2011.

Agravo de Instrumento nº 11687-20.2009.8.06.0000/0
Agravante: Município de Fortaleza
Agravada: Ana Siqueira Saldanha
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA.PROCESSOCIVILEADMINISTRATIVO.AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONTOS DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUANDO JÁ IMPLEMENTADOS TODOS OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA APOSENTADORIA. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. OMISSÃO INDEVIDA DO ENTE PÚBLICO CARACTERIZADA.

- Tendo o servidor preenchido todos os requisitos necessários ao reconhecimento da aposentadoria, estando inclusive afastado do serviço, não é válida a persistência do desconto de contribuição previdenciária, ainda mais quando a demora na publicação da aposentadoria se deve, unicamente, à Administração.
- Após o advento da Emenda Constitucional nº 20/98, restou pacífico o entendimento de não ser possível o desconto previdenciário dos servidores que já obtiveram, à época, os requisitos para a aposentadoria, situação que somente foi alterada por conduto da aprovação da Emenda Constitucional nº 41/2003.
- O silêncio não é ato administrativo, mas, sim, ato omissivo, o qual, quando ofende direitos individuais ou coletivos, dá ensejo ao devido provimento jurisdicional.
- Servidora que, sob a regência do §18 do art. 40 da Carta de Princípios, percebe proventos de inatividade em valor inferior ao do limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da CF/1988.
- Presença dos requisitos autorizadores à concessão da antecipação da tutela jurisdicional.
- Matéria pacificada nesta colenda Corte de Justiça.

Agravo conhecido, mas improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 11687-20.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores que compõem a egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza que, na ação ordinária nº 2009.0007.9273-4, concedeu a antecipação de tutela para determinar ao Município de Fortaleza e ao Instituto de Previdência do Município de Fortaleza a obrigação de não realizar os descontos previdenciários nos contracheques da agravada, que se encontra afastada do cargo público por haver alcançado a idade para a aposentadoria por tempo de serviço (fls. 34/39).

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que os requisitos previstos no art. 273 do CPC para a antecipação da tutela jurisdicional não estão presentes. Defende que a exclusão do pagamento, pela agravada, da contribuição previdenciária municipal constitui medida judicial inviável conforme preceitua o dispositivo legal acima citado, considerando que o processo de aposentadoria da servidora pública recorrida não foi concluído, havendo, apenas, o ato de afastamento do serviço público.

Requer a concessão da suspensividade em face da existência dos requisitos autorizadores, a saber, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* e, no mérito, provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

O recurso foi instruído com os documentos de fls. 11/41.

Recebido o agravo, determinei a intimação da contraparte e requisitei informações ao Juiz da causa (fl. 46).

Contraminuta às fls. 49/54; informes à fl. 58.

Às fls. 60/62 proferi decisão negando a atribuição de efeito suspensivo à liminar *a quo,* admitindo, todavia, o curso do agravo na forma de instrumento.

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 66/72.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A teor do sistema tributário vigente até a Emenda Constitucional nº 41/03, o pagamento de contribuição previdenciária possuía uma validação finalística: pagava-se com vistas a no futuro receber um correlativo benefício.

No caso da aposentadoria, este raciocínio é perfeitamente aplicável. Assim, o servidor público deveria pagar o tributo até se aposentar, quando, então, cessava sua obrigação de contribuir para financiamento da Previdência Pública. Somente com a vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 o dever de contribuir passou a persistir após a aposentação.

Nessa linha de ideias, quando o servidor passava à inatividade extinguir-

se-iam os descontos previdenciários realizados em sua folha de pagamento.

Porém, a demora do trâmite do processo de aposentação não pode ser tomada como motivo para a persistência dos descontos, pois autorizaria um verdadeiro embaraço, no sentido de que obrigaria o servidor a continuar financiando o sistema unicamente em razão das excessivas burocracias e ineficiências que impedem o célere trâmite do processo administrativo.

No presente caso, o processo administrativo perdura por longos meses, haja vista que a agravada foi afastada do serviço público em 16.11.2005 (fl. 26) e até o dia 17/03/2009, ou seja, após mais de três anos não obteve a publicação de sua aposentadoria. Portanto, importou em injusto prejuízo a manutenção dos descontos, os quais não possuem motivo algum para se manterem. A demora da Administração Pública não pode onerar o particular.

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

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - PREVIDENCIÁRIO - PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA APOSENTAÇÃO - TRANSCURSO DE QUINZE ANOS - SUSPENSÃO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DO SERVIDOR ATIVO - RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, MORALIDADE E EFICIÊNCIA - APLICAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> I- Preenchidos, há 15 (quinze) anos, os requisitos para a aposentação do servidor, faz-se imperiosa a suspensão imediata do desconto das contribuições previdenciárias incidentes sobre sua remuneração como servidor ativo.
> II - Configura manifesta afronta aos princípios constitucionais da eficiência, razoabilidade, proporcionalidade e moralidade a falta de perfectibilização de aposentadoria cujo pedido foi formulado há quinze anos, não sendo razoável que a inércia injustificada da Administração imponha ônus pecuniário ao servidor.
> III - Antecipação de tutela mantida. Agravo conhecido, mas improvido. (Processo nº. 2002.0001.2888-8/0, julgado em 23 de junho de 2004, relatoria da Desa. Gizela Nunes da Costa);
>
> Uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria, segundo a legislação vigente à época do requerimento, a publicação do ato aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados. (Processo n. 2000.0015.8568-2/0, julgado em 19 de maio de 2004, relator o douto Desembargador José Cláudio Nogueira Carneiro)
>
> CONSTITUCIONAL/ADMINISTRATIVO. SERVIDOR QUE PASSA À INATIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE DESCONTO PREVIDENCIÁRIO NO PERÍODO.
> -No caso, funcionária da rede estadual de ensino que adimpliu todos

> os requisitos necessários para a sua aposentadoria, mas que a própria Administração Pública, por inépcia, não a homologa.
> -O servidor público, ao completar os requisitos à aposentadoria, tem o direito subjetivo de passar à inatividade, não podendo mais o Estado realizar descontos previdenciários, especialmente se o funcionário que aufere proventos muito menores do que o estipulado para a contribuição dos inativos, previstos no art. 40, §18, da CF/88.
> -E este Tribunal de Justiça, em precedente exatamente igual ao caso, assim ementou: 'uma vez implementados os requisitos para a concessão da aposentadoria é medida que se impõe, carecendo de legitimidade a conduta do Poder Público de continuar descontando percentuais previdenciários dos vencimentos dos servidores públicos legitimamente afastados'(TJCE - 2000.0015.8568-2, j. em 19.5.2004, rel. Des. José Cláudio N. Carneiro).
> -Reexame Necessário conhecido e improvido.
> -Sentença confirmada, em todos os seus termos.
> -Unânime.(Processo nº. 2000.0121.4299-0/1, julgado em 18 de setembro de 2006, relatoria da Desa. Maria Iracema do Vale Holanda)

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

Também não há razoabilidade na alegação de tratar o caso de isenção ou imunidade não previstos na lei ou na Constituição, respectivamente.

Entendo salutar a transcrição de excerto doutrinário da lavra de Hely Lopes Meirelles, *verbis*:

> O silêncio não é ato administrativo; é conduta omissiva da Administração que, quando ofende direito individual ou coletivo dos administrados ou de seus servidores, sujeita-se a correção judicial...
> A inércia da Administração, retardando ato ou fato que deva praticar, caracteriza, também, abuso de poder que enseja correção judicial. (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 32ª edição, Malheiros, 2006, p. 114/115).

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

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

O que ocorre, *in casu*, é a total quebra de proporcionalidade no procedimento adotado pelo ente público, sendo intuitivo que não pode a parte ser penalizada pela

demora injustificada da Administração, provocada exclusivamente por esta, em decorrência da análise do processo administrativo respectivo.

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

Veja-se, ainda, que o art. 40, § 18, da CRFB estabelece, ainda, um limite de isenção para o pagamento de contribuição previdenciária do servidor público aposentado, a partir do qual o tributo incide, sendo certo que a recorrida percebeu em fevereiro de 2009, segundo comprovante de rendimentos de fl. 27 o valor de R$ 1.473,23, ou seja, infinitamente menor do que o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201 da Carta Magna.

Presentes os requisitos autorizadores para a concessão da tutela antecipada: verossimilhança das alegações, receio de dano irreparável ou de difícil reparação, prova inequívoca. Ausente a irreversibilidade da medida judicial.

Ex positis, conheço do presente agravo de instrumento para, em harmonia com o douto opinativo da Procuradoria Geral de Justiça, negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 20877-41.2008.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravado: Claudino Sales Neto
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE POLÍTICO. EX-SECRETÁRIO DE AGRICULTURA DO MUNICÍPIO DE NOVO ORIENTE. AÇÃO ANULATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. APLICAÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA.

1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que, em sede de ação anulatória de julgamento de contas promovida pelo ora agravante em desfavor do Estado do Ceará, deferiu pedido de suspensão dos efeitos do julgamento do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas de responsabilidade do agravante, exercício financeiro do ano 2003, relativo ao Fundo Municipal de Agricultura do Município de Novo Oriente, por ter constatado o desrespeito à legislação com o atraso na remessa do balancete de receita e despesa atinente ao mês de janeiro de 2003; falta de envio das cópias de extratos bancários atinente à conta nº 40.008 do BNB dos meses de janeiro e dezembro de 2003; repasse a menor das consignações junto ao INSS; ausência de repasse do ISS e do IRRF; e, não comprovação dos saldos financeiro e patrimonial apurados no exercício de 2003.

2. A verossimilhança das alegações não se revela no caso concreto, uma vez que no processo administrativo na esfera da Corte de Contas foram assegurados ao agravado o contraditório e a ampla defesa, não havendo falhas formais no procedimento a amparar medida antecipatória.

3. O TCM apenas cumpriu sua missão constitucional de zelo pela coisa pública, haja vista o desrespeito à legislação apurados pelo órgão técnico, a justificar a imputação de multa de R$ 4.575,63 (quatro mil, quinhentos e setenta e cinco reais e sessenta e três centavos), com fundamento na Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios (Lei Estadual nº 12.160/93).

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 20877-41.2008.8.06.0000/0**,** em que figuram as partes acima referidas, acordam os

senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, prover o recurso nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo ajuizado contra decisão proferida pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Urbe que na ação ordinária nº 2008.0022.5655-6 deferiu a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional postulada pelo autor e suspendeu os efeitos dos acórdãos de nº 3345/07 e 4486/07, da lavra do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará.

O recorrente pretende ver modificado o *decisum,* suscitando que não é possível a revisão dos atos do TCM, quanto ao mérito, pelo Poder Judiciário, salvo quando existente alguma irregularidade formal ou manifesta ilegalidade, o que não teria ocorrido no caso em comento, uma vez que ao agravado foi assegurado o exercício da ampla defesa prevista constitucionalmente. Sustenta, ainda, que não se vislumbra a falta de motivação das decisões prolatadas pelo TCM..

O agravo foi instruído com os documentos de fls. 11/80.

Requer o provimento do recurso para reformar a decisão *a quo*.

Informes à fl. 91.

Manuseando os fólios, proferi decisão (fls. 93/95) denegando o pleito de concessão de efeito suspensivo.

A contraminuta não foi apresentada (fl. 88).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 99/106.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

O agravo em exame dirige-se ao deferimento de tutela antecipada com o escopo de suspender os efeitos dos acórdãos de nº 3345/07 e 4486/07, da lavra do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará no processo de Tomadas de Contas de Gestão nº 10.715/04, relativo ao Fundo Municipal de Agricultura do Município de Novo Oriente, pelo qual a Corte de Contas decidiu pela desaprovação das contas, de responsabilidade do agravante, exercício de 2003, por serem constatadas diversas irregularidades, tais como o atraso na remessa do balancete de receita e despesa relativo ao mês de janeiro de 2003; falta de envio das cópias de extratos bancários atinente à conta nº 40.008 do BNB dos meses de janeiro e dezembro de 2003; repasse a

menor das consignações junto ao INSS; ausência de repasse do ISS e do IRRF; e, não comprovação dos saldos financeiro e patrimonial apurado no exercício de 2003.

O exame do presente agravo de instrumento está restrito à verificação do atendimento dos requisitos genéricos e específicos para a concessão da tutela antecipada.

Na hipótese, o Juiz da causa assim consignou na decisão ora impugnada (77/79):

> Assim, a perdurar as decisões do TCM aqui questionadas, a parte autora, certamente, poderá sofrer danos irreparáveis ou de difícil reparação, mormente em relação à sua imagem política, podendo sofrer, inclusive, as mais variadas retaliações sociais, sob o pálio de que sua administração não foi correta. Ademais, um administrador de bens públicos que tem suas contas desaprovadas tende a ser objeto de inúmeras críticas por parte da sociedade, maculando-se, diariamente, sua imagem política.
> Vislumbro, pois, na *quaestio* em exame, a necessidade de se buscar diminuir o prejuízo da parte requerente, pois caso não seja concedido, de início, a tutela há risco plausível de se causar prejuízo ainda maior à mesma, sendo medida da maior justiça, em que, através desta, se cumpre mandamento fundamental da Constituição Federal, seja este o resguardo à dignidade da pessoa humana, sua honra e imagem (art. 1º, III c/c art. 5º, inciso X, da Carta Política).
> (...)
> Finalmente, cabe obtemperar que as multas imputadas, assim como algum possível débito advindo das contas tidas por irregulares, serão objeto de necessária execução fiscal, sendo viável a suspensão do crédito tributário, nos ditames do art. 151 do CTN, que preconiza:
> (…)
> Assim, viabilizada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, então, há que se utilizar do art. 151, II, do CTN, na forma acima estipendiada.
> Nesse passo, caso o promovente deposite o valor integral é possível suspender-se a exigibilidade do crédito, e de consequência, suspender alguns dos efeitos dos acórdãos em questão.
> Assim, DEFIRO os efeitos da tutela antecipada pretendida no sentido de determinar a SUSPENSÃO dos efeitos dos acórdãos de nº 3345/07 e nº 4486/07, da lavra do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, o que faço com arrimo no art. 5º, incisos XXXV e LIV, da CF/88, c/c o art. 273 do CPCB.

Com efeito, a verossimilhança das alegações não se revela no caso concreto, uma vez que no processo administrativo na esfera da Corte de Contas foram assegurados ao recorrido o pleno exercício dos constitucionais direitos ao contraditório e à ampla defesa, não havendo falhas formais no procedimento a amparar medida antecipatória.

O TCM apenas cumpriu sua missão constitucional de zelo pela coisa pública, haja vista o desrespeito à legislação apurados pelo órgão técnico, a justificar a imputação de multa de R$ 4.575,63 (quatro mil, quinhentos e setenta e cinco reais e sessenta e três centavos) com base na Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos

Municípios, Lei estadual nº 12.160/1993.

O exame dos elementos dos autos, especialmente os pertinentes à antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, onde não se pretende esgotar o objeto da ação originária que objetiva a anulação do procedimento administrativo em alusão, considero que as alegações e os documentos apresentados na inicial não convencem da existência de ilegalidades ou irregularidades dos acórdãos de nº 3345/07 e 4486/07, proferidos pelo TCM no processo de Tomadas de Contas de Gestão nº 10.715/04, relativo ao Fundo Municipal de Agricultura do Município de Novo Oriente.

Em casos análogos, esta Corte já decidiu:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. AGENTE POLÍTICO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESAPROVAÇÃO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ACORDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. A tutela antecipada só deve ser concedida se presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação.
> 2. No caso, pelo exame superficial dos elementos dos autos, não é possível se aferir, de plano, a existência de ilegalidades e/ou irregularidades no acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas de responsabilidade do agravado, referente ao exercício de 2004, restando, assim, ausente a verossimilhança da alegação.
> 3.Recurso conhecido e provido. Decisão reformada. (TJCE, AI nº 2008.0038.8581-6/ 0, 3ª Câmara, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, j. 20.07.2009).

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. DESAPROVAÇÃO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1. No caso, pelo exame superficial dos elementos dos autos, não é possível se aferir, de plano, a existência de ilegalidade e/ou irregularidade no parecer prévio do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas da agravada, restando, assim, ausente a verossimilhança da alegação.
> 2. Não compete ao Poder Judiciário invadir a competência constitucional dos Tribunais de Contas dos Municípios para analisar o mérito de seus julgamentos. O controle do Judiciário restringe-se tão somente a afastar irregularidades formais.
> 3. Recurso conhecido e provido. (Agravo de instrumento nº 2008.0037.5668-4/0, Segunda Câmara Cível, Rel. Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes).

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E

ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE DESAPROVOU PRESTAÇÃO DE CONTAS DE AGENTE POLÍTICO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS DA CORTE DE FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA.
- No caso, agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará, em ação anulatória, por meio da qual ex-agente pública municipal se insurgiu contra julgamento do TCM, que desaprovara sua prestação de contas.
1. Preliminar de ausência de declaração de autenticidade das peças que formaram o instrumento.
- As cópias formadoras do agravo de instrumento presumem-se autênticas, somente podendo ser colocada em dúvida a sua veracidade mediante impugnação específica, por meio da qual sejam apontados quais documentos foram alterados em sua substância, o que não ocorreu na hipótese. - Preliminar afastada.
2. Preliminar de não informação no Juízo *a quo* acerca da interposição do recurso. - Não basta a simples afirmação de que o agravante não observou a exigência contida no *caput* do Art. 526 do CPC. Referido argumento deve vir acompanhado de provas capazes de comprovar o alegado, o que não ocorreu no caso em análise. - Preliminar desacolhida.
3. Mérito:
- A Constituição Federal, em seu Art. 31 e parágrafos, dispõe sobre o necessário controle externo, a ser exercido pelas Cortes de Contas (TCM). Portanto, não é ilegal, nem inconstitucional, o processo de tomada de contas realizado por tal órgão de fiscalização orçamentária. No mesmo sentido, e de forma complementar, o Art. 71, II e VIII da Carta Magna.
- Em precedente símile, ensina o STJ que "compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, *ex vi* do artigo 71 c/c o artigo 75, ambos da CF/88." (STJ - REsp 200347/RO, Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 23.06.2003, p. 243).
- Precedente do STJ e do TJCE.
- Agravo conhecido e provido.
- Decisão reformada.
-Unânime.(Agravo de instrumento n° 20757-95.2008.8.06.0000/0, Rel. Desembargadora Maria Iracema Martins do Vale, Quarta Câmara Cível, j. 09.12.2009)

Ex positis, conheço do agravo de instrumento para, em desconformidade com o pronunciamento do Ministério Público de segundo grau, prover o recurso e cassar a interlocutória *a quo.*

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 21230-47.2009.8.06.0000/0
Agravante: Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda
Agravado: Adriane Rodrigues Teixeira
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. COOPERATIVAS COM ATUAÇÃO REGIONAL NO MESMO ESTADO DA FEDERAÇÃO. UTILIZAÇÃO DO MESMO LOGOTIPO. TEORIA DA APARÊNCIA. NEGATIVA À EXTENSÃO DO TRATAMENTO PARA A CURA DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA. ALEGAÇÃO DE QUE A ATRIBUIÇÃO COMPETE À UNIMED-CEARÁ E NÃO À UNIMED-FORTALEZA. APLICAÇÃO DA TEORIA DA APARÊNCIA.

I – *In casu*, a Unimed-Fortaleza autorizou que a autora, ora agravada, se submetesse à sua internação para o tratamento de dependência química, restringindo o prazo em quinze dias, negando-se, contudo, a prorrogar tal lapso sob a alegação de que o contrato de prestação de serviços médico-hospitalares foi firmado com a Unimed-Ceará, pessoa jurídica distinta.

II – Entretanto, ambas as cooperativas de trabalho médico operam pelo Sistema Nacional Unimed, utilizando-se da mesma logomarca, razão pela qual, apresentando-se ao consumidor como uma única empresa, aplicando-se a teoria da aparência.

III - É de se rejeitar, portanto, a suscitação de que a Unimed Ceará se constitui como uma cooperativa singular e dissociada do Sistema Nacional Unimed, afastando-se a incidência do art. 7º da Lei nº 5.764/1971 para vedar a configuração da verossimilhança das alegações autorais para fins de antecipação da tutela jurisdicional.

IV – Precedentes jurisprudenciais.

Agravo de instrumento conhecido, porém desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 21230-47.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e, no mérito, desprover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado contra decisão proferida pela Juíza de Direito da 25ª Vara Cível de Fortaleza que, na ação cautelar nº 82212-

24.2009.8.06.0001-0, concedeu a medida liminar postulada para determinar que a ré, ora agravante, assuma e patrocine o tratamento de dependência química da autora no IVV – Instituto Volta Vida, arcando com os custos inerentes, inclusive os medicamentos que se fizerem necessários.

A recorrente pretende ver modificado o *decisum,* alegando que não possui relação contratual com o autor, considerando que o contrato de prestação de serviços médicos em questão foi celebrado entre a agravada e a Unimed Ceará, pessoa jurídica absolutamente distinta da ora recorrente, sendo aquela cooperativa a única responsável pelo cumprimento das obrigações estipuladas. Deduz que não pode autorizar a realização dos procedimentos determinados pela interlocutória de primeiro grau porque não sabe se possuem cobertura no instrumento contratual celebrado entre as partes porquanto não conhece as suas cláusulas.

Requereu a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

A petição recursal foi instruída com os documentos de fls. 14/147.

Recebidos os autos, requisitei informações ao Juiz da causa e determinei a intimação da contraparte para a apresentação de resposta (fl. 152).

Contraminuta às fls. 156/167.

Os informes não foram apresentados.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Trata-se de recurso que tem como fundamentação a inexistência de cobertura ao tratamento de saúde de que necessita a agravada, com internação no Instituto Volta Vida para sanar a dependência química que aflige a autora.

No caso em destaque a agravante argumenta que o contrato de assistência médico-hospitalar foi firmado com a Unimed-Ceará, pessoa jurídica distinta da Unimed-Fortaleza, não tendo, com isso, qualquer responsabilidade contratual a menos que aquela primeira cooperativa autorize o tratamento que se fizer necessário.

Da análise das argumentações contidas no agravo chega-se à conclusão de que tanto a Unimed-Ceará como a Unimed-Fortaleza pertencem ao sistema cooperativo Unimed e que se apresentam perante os consumidores como uma única empresa, sendo difícil a diferenciação por parte dos usuários.

É o que se denomina teoria da aparência.

Veja-se que ambas cooperativas utilizam a mesma logomarca.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, especialmente a da sua Segunda Câmara Cível é pacífica neste ponto:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. PLANO DE SAÚDE. PRECEITO

COMINATÓRIO PARA CUSTEIO DE DESPESAS MÉDICO-HOSPITALARES DO USUÁRIO. RECUSA SOB O PÁLIO DO NOSOCÔMIO NÃO SER FILIADO À UNIMED DE FORTALEZA, MAS SIM À UNIMED DE SÃO PAULO. IMPOSSIBILIDADE. A UNIMED CONSTITUI SISTEMA ÚNICO, SUBDIVIDIDO ADMINISTRATIVAMENTE EM REGIONAIS. PECULIARIDADE QUE NÃO PODE SER INVOCADA PARA FURTAR-SE DE SUA RESPONSABILIDADE. APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. EXPURGO DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. DANO MORAL DECORRENTE DO DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. (Apelação Cível nº 46690-72.2005.8.06.0001-1, Rel. Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 24/09/2008)

Ementa: AGRAVO DE SAÚDE. PLANO DE SAÚDE. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTO MÉDICO. POSSIBILIDADE. APLICABILIDADE DO CDC NA INTERPRETAÇÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. O SISTEMA UNIMED, EMBORA DIVIDIDO EM COOPERATIVAS REGIONAIS, PARA FINS JUDICIAIS CONFIGURA UMA ÚNICA ENTIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (Agravo de instrumento nº 20503-35.2002.8.06.0000-0, Rel. Desembargador Francisco de Assis Filgueira Mendes, julgado em 23/09/2009)

O certo é que a experiência judicante impõe o reconhecimento de que os tratamentos médico-hospitalares dos consumidores que contratam as empresas que compõem o Sistema Nacional Unimed possam ser atendidos em todos os municípios onde elas exerçam ou venham a exercer atividade.

Tanto é certo que a agravada teve parte do seu tratamento autorizado pela Unimed-Fortaleza por intermédio da guia de fl. 113 junto ao Instituto Volta Vida, assim como utilizou os serviços da agravante por diversas vezes nos últimos seis anos (ver guias de fls. 100/103, 105, 110/111).

É de se rejeitar, portanto, a suscitação de que a Unimed Ceará se constitui como uma cooperativa singular e dissociada do Sistema Nacional Unimed, afastando-se a incidência do art. 7º da Lei nº 5.764/1971 para vedar a configuração da verossimilhança das alegações autorais para fins de concessão da tutela jurisdicional antecipada.

Isto posto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 28538-37.2009.8.06.0000/0
Agravante: Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda
Agravado: Herbert Santiago júnior
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. AÇÃO ORDINÁRIA. TUTELA JURISDICIONAL ANTECIPADA. NEGATIVA DE COBERTURA. CITAÇÃO DO RÉU E OFERECIMENTO DE CONTESTAÇÃO. POSTERIOR ADITAMENTO À INICIAL PARA INCLUIR NOVOS EXAMES MÉDICOS E ÓRTESES. RECONHECIMENTO DE QUE O ATO JUDICIAL FOI PROFERIDO *EXTRA PETITA*. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA CONGRUÊNCIA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I – O princípio da adstrição do juiz ao pedido impede que após a citação do réu e o oferecimento da contestação, o autor adite a inicial sem a concordância da contraparte para incluir novos exames médicos e órteses à primeira decisão que antecipou a tutela jurisdicional.

II – O reconhecimento de que a decisão agravada foi proferida de forma *extra petita* leva à sua nulidade, por violação aos artigos 294, 128 e 460 do Código de Processo Civil.

III – Ofensa ao princípio do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF/1988).

Agravo de instrumento conhecido e provido mediante acolhimento da suscitação preliminar.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 28538-37.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e acolher a preliminar de nulidade da interlocutória *a quo*, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 7ª Vara Cível de Fortaleza que, na ação ordinária nº 2009.0020.0694-9-0, antecipou os efeitos da tutela jurisdicional para determinar que a ré, ora agravante,

realizasse os procedimentos médico-cirúrgicos postulados pelo autor: eletro endocárdio def. (código 79969224), implante de marcapasso cardíaco mult. (código 79969437), implante de eletrodo vent. (código 30904056), introdutor de punção (código 77801038).

A recorrente pretende a modificação do *decisum* alegando que a peça vestibular postulava que a Unimed autorizasse a realização de exames e tratamentos cardíacos a seguir listados: cateterismo de veia central por punção (código AMB 39.03.015-6), estudo eletrofiosiológico eletrocavitário do sistema de condução farmacológica ou elétrica (código AMB 40.08.042-0), mapeamento de feixes anômalos e focos ectópicos por eletrofisiologia intracavitária com provas farmacológicas ou elétricas (código AMB 40.08.042-0), correção cirúrgica das arritmias por ablação de FA com mapeamento espectral (código AMB 40.04.017-8), cateterismo de câmaras cardíacas direita e esquerda por técnicas transseptal (código AMB 40.08.004-8), com internação do paciente no Hospital do Coração.

Sustenta que a medida judicial foi deferida, embora em rede não credenciada pela Unimed Fortaleza, mas o autor jamais procurou a ré para a realização dos nomeados procedimentos.

Afirma que, posteriormente, foi surpreendida com a prolação de outra decisão, nos mesmos autos, deferindo novo pleito judicial do promovente e determinando que a ora recorrente custeasse os procedimentos listados à fl. 178, quais sejam: eletro endocárdio def. (código 79969224), implante de marcapasso cardíaco mult. (código 79969437), implante de eletrodo vent. (código 30904056), introdutor de punção (código 77801038).

Defende que o plano de saúde contratado pelo autor não é regulamentado pela Lei nº 9.656/1998, que existe vedação para o fornecimento de órteses e próteses de qualquer natureza, que o conteúdo da interlocutória ora discutida não corresponde ao objeto da ação, não podendo ser estendido na mesma demanda. Tece considerações acerca da ausência dos requisitos necessários para a antecipação da tutela jurisdicional e validade do instrumento obrigacional sob o prisma do princípio *pacta sunt servanda.*

Requereu a concessão do efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

A petição recursal foi instruída com os documentos de fls. 22 a 258 e com o comprovante do preparo.

Informações às fls. 267/268, acompanhadas dos documentos de fls. 269/275.

Contraminuta às fls. 277 a 284.

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Necessário consignar que em interlocutória anterior o Juiz da causa

determinou à recorrente que autorizasse a realização de exames e tratamentos cardíacos no agravado com internação no Hospital do Coração, a seguir listados: cateterismo de veia central por punção (código AMB 39.03.015-6), estudo eletrofiosiológico eletrocavitário do sistema de condução farmacológica ou elétrica (código AMB 40.08.042-0), mapeamento de feixes anômalos e focos ectópicos por eletrofisiologia intracavitária com provas farmacológicas ou elétricas (código AMB 40.08.042-0), correção cirúrgica das arritmias por ablação de FA com mapeamento espectral (código AMB 40.04.017-8), cateterismo de câmaras cardíacas direita e esquerda por técnicas transseptal (código AMB 40.08.004-8), com internação do paciente no Hospital do Coração.

Impende registrar que a causa de pedir e o pedido formulado na exordial contemplavam os procedimentos determinados na primeira decisão que antecipou os efeitos da tutela jurisdicional.

Entretanto, em aditamento aos procedimentos médico-cirúrgicos antes determinados, eis que o magistrado *a quo* determinou que a Unimed também realizasse outros procedimentos e fornecesse órteses cardíacas não postulados na peça de introito, tais como: eletro endocárdio def. (código 79969224), implante de marcapasso cardíaco mult. (código 79969437), implante de eletrodo vent. (código 30904056), introdutor de punção (código 77801038).

Uma vez instaurada a lide e citado o réu o autor não pode, sem o consentimento da contraparte, modificar, suprimir ou aditar o pedido, tal como prescreve o art. 294 do CPC: "antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa".

No instrumento resta provado que a recorrente foi citada em 03/07/2009 ocorrendo na mesma data a juntada do mandado correspondente,de tal como se depreende das peças de fls. 115-verso a 117.

A contestação foi apresentada em 20/07/2009 (fl. 126) e o autor, no prazo da réplica (fl. 236) apresentou petição (fls. 248/250) postulou que o Juiz da causa determinasse à Unimed que autorizasse novos procedimentos e fornecesse as órteses, tudo descrito nos receituários de fls. 251/256, reforçando tais pedidos em petição datada, obtendo a tutela pretendida por meio da interlocutória que repousa às fls. 257/258, ora recorrida.

Segundo dispõe o art. 128 do Código de Processo Civil "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

O princípio da adstrição do juiz ao pedido encontra-se conjugado com a disposição do art. 460 do CPC, que assim prescreve:

> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

Recorrendo ao escólio de Nelson Nery Junior (9ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pg. 584):

> 1. Correlação entre pedido, causa de pedir e sentença. O autor fixa os limites da lide e da causa de pedir na petição inicial (CPC 128), cabendo ao juiz decidir de acordo com esse limite. É vedado ao magistrado proferir sentença acima (*ultra*), fora (*extra*) ou abaixo (*citra* ou *infra*) do pedido. Caso o faça, a sentença estará eivada de vício, corrigível por meio de recurso. A sentença *citra* ou *infra petita* pode ser corrigida por meio de embargos de declaração, cabendo ao juiz suprir a omissão; a sentença *ultra* ou *extra petita* não pode ser corrigida por embargos de declaração mas só por apelação. Cumpre ao tribunal, ao julgar o recurso, reduzi-la aos limites do pedido.

Entendo que restou configurado que a interlocutória *a quo* foi proferida quando não mais era permitido ao autor aditar a inicial, tendo nítido conteúdo *extra petita,* sendo, portanto, nula.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento e, em sede preliminar, dou-lhe provimento para cassar a interlocutória recorrida (fls. 257/258), reconhecendo que foi proferida *extra petita,* violando o princípio constitucional do devido processo legal insculpido no art. 5º, LIV, da CF/1988.

É como voto.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº 466092-53.2000.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE AQUIRAZ
AGRAVANTE: MASSA FALIDA DE GRANDON INDÚSTRIA DE GRANITO LTDA
AGRAVADO: PEDREIRA ASA BRANCA
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA SOBRE MATÉRIA PREVIAMENTE SUBMETIDA AO TRIBUNAL DE JUSTIÇA ATRAVÉS DE MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR DEFERIDA PELO RELATOR. DECISÃO POSTERIOR DO JUIZ SOBRE A MATÉRIA DECIDIDA NO PROVIMENTO MANDAMENTAL DE URGÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO
I – A liminar deferida pelo relator do mandado de segurança impetrado no Tribunal de Justiça constitui óbice a que o juízo de primeiro grau profira ulterior decisão interlocutória em ação diversa que, por inibir a eficácia plena da decisão liminar do relator, a rigor viola a autoridade do provimento por ele exarado.
II – É nula a decisão interlocutória proferida pelo juiz de primeiro grau sobre questão incidental já submetida ao respectivo Tribunal de Justiça, em ação autônoma de impugnação
III – Provimento do agravo.

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 agravo, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo, interposto por MASSA FALIDA DE GRANDON INDUSTRIA DE GRANITO LTDA, contra decisão do Juiz da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz que, nos autos do Processo nº 1.947/98 (Requerimentos Avulsos), ali revogou decisão anterior, que havia autorizado a agravante a firmar parcerias para extração de granito com terceiros, ao tempo em que determinou a expedição de ofício ao juízo da Comarca de Santa Quitéria solicitando a devolução da carta precatória expedida para cumprimento do que decidido no provimento revogado.

Initio litis, foi deferido o pedido de suspensividade. (fl 38 e 41)

Na sequência, foi negado provimento ao agravo regimental interposto

contra a tutela recursal de urgência deferida pelo relator. (fl 61/64)

O agravado, regularmente intimado, apresentou resposta ao recurso em tempo hábil. (fl 43/45)

No parecer de fls 184/185, o Ministério Público opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

Incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

De saída, é pertinente transcrever, no que se dá a conhecer nos autos, os fundamentos da decisão agravada, *verbis:*

> MASSA FALIDA GRANDON INDÚSTRIA DE GRANITO LTDA peticionou nos autos da execução concursal requerendo autorização de força policial para o cumprimento de ordem judicial, em decorrência da validação e eficácia ao pacto firmado com PEDREIRA ASA BRANCA, tendo por objeto um contrato de parceria para extração de blocos de granito, posto judicialmente autorizado.
> PEDREIRA ASA BRANCA se insurge contra a determinação, ao fundamento de que MASSA FALIDA DE GRANDON lhe cedera, pela pública forma, a lavra de granito, conforme autorização do Poder Público, através da Portaria nº 455, de 27 de agosto de 1992.
> …
> Com efeito, o Excelentíssimo Senhor Ministro das Minas e Energia, pela Portaria nº 455 de 27 de agosto de 1992, às fls. 24, outorgou concessão à GRANDON – INDÚSTRIA DE GRANITO LTDA para lavrar granito na Fazenda Memória e, posteriormente, usando dos poderes delegados pela Portaria nº 340/92, o DEPARTAMENTO NACIONAL DE PRODUÇÃO MINERAL, nos autos do processo administrativo nº 800.281/89, autorizou a averbação da transferência de concessão de lavra ao manifestar sua anuência à cessão.
> Por nova cessão, PEDREIRA ASA BRANCA LTDA transferiu a exploração de jazida à empresa GRANISTONE – GRANITOS E MINÉRIOS LTDA, devidamente autorizada pelo Poder Público competente, conforme colho do documento de fls. 29.
> Em última análise, o órgão jurisdicional andou equivocado ao autorizar a utilização da força policial para satisfazer a pretensão da MASSA FALIDA GRANDON que, como é facilmente perceptível, não está amparada em qualquer instrumento suficientemente apto a dar validação ao que persegue.
> Em ordem à regularidade do exercício da jurisdição, advirto que a matéria é da competência da Justiça federal, razão pela qual este órgão jurisdicional apenas restabelece a situação anterior, devendo a massa, caso queira, litigar na sede competente.
> ISTO POSTO, revogo a decisão anterior, exarada equivocadamente às fls 794/795, dos autos da execução concursal, tornando sem efeito os atos

> dela decorrentes, com o que restabeleço o *status quo ante* e determino a expedição de ofício urgente ao órgão jurisdicional da Comarca de Santa Quitéria, solicitando a devolução da Carta Precatória, consolidando a exploração nos termos da Portaria do Poder Público.
> Intimações.
> Aqz, 30 de dezembro de 1998.
> Juiz ALUISIO GURGEL DO AMARAL Jr.
> Designado

Observo que a decisão agravada foi proferida em 30 de dezembro de 1998, quando o tema alusivo a quem poderia explorar granito na Fazenda Memória/Lagoana, no Município de Santa Quitéria, já constituía objeto do Mandado de Segurança Nº 472623-58.2000.8.06.0000 (2000.0013.2835-3 – 98.03353-4), impetrado pela agravante, em 16 de junho de 1998, contra o ato do Desembargador Corregedor Geral de Justiça do Estado do Ceará, que suspendeu a decisão do Juiz da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz que havia autorizado a agravante a firmar contratos de parcerias para extração de granito com terceiras empresas e determinado a expedição de carta precatória à Comarca de Santa Quitéria, para que o fim de que juízo deprecado desse cumprimento ao que decidido.

Constato, ainda, que o Des Edmilson Cruz, relator da sobredita ação mandamental, já havia deferido o pedido de medida liminar, em 07 de agosto de 1998, para suspender o ato do Desembargador Corregedor e restaurar a decisão do Juiz da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz. (fl 29/32)

É oportuno, inclusive, assinalar que o Pleno deste Egrégio Tribunal de Justiça julgou o referido *mandamus*, em recente data, para conceder a ordem. Eis a ementa do referido julgado, *verbis:*

> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE DECISÃO JUDICIAL EM CORREIÇÃO PARCIAL, POR AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE. TERATOLOGIA. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> 1. Configura-se ilegal e teratológico o ato do Corregedor Geral de Justiça que, em sede de "correição parcial", cassou decisão judicial exarada em ação falimentar.
> 2. Sendo a correição parcial medida tendente a apurar atividade tumultuária do juiz do processo, não passível de recurso, é inviável seu manejo para verificar a existência de *error in judicando*.
> 3. Segurança concedida. Liminar ratificada. (Mandado de Segurança Nº 2000.0013.2835-3, Relador Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Pleno, Unânime, DJ 17.11.2009, p. 4.)

Presente tal contexto, entendo que, a partir da liminar deferida pelo relator do Mandado de Segurança Nº 472623-58.2000.8.06.0000, que restaurou a decisão do Juiz da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz que havia autorizado a agravante a firmar contratos de parcerias com terceiros para extração de granito, tal matéria estava devolvida a este Tribunal de Justiça e, por isso mesmo, o juiz de primeiro grau não mais

poderia decidir sobre o tema, como feito pelo Juiz da 1ª Vara da Comarca de Aquiraz, em 30 de dezembro de 1998, ao proferir a decisão agravada.

Tal compreensão, aliás, não passou despercebida pela ilustre Procuradora de Justiça que atuou no feito, *verbis:*

> No compulsar os autos do presente caderno processual, verifica-se que a decisão agravada vai de encontro à decisão de segunda instância, razão pela qual merece ser reformada.

Vale ressaltar, ademais, que o acórdão de fl 75/77, que decidiu os aclaratórios de fl 66/68, em nada modificou a liminar de suspensividade deferida à fl 38, que permanece incólume até a presente data.

Demais disso, inexiste qualquer incompatibilidade ou incoerência entre o que decidido no presente Agravo de Instrumento e o acórdão proferido no Mandado de Segurança Nº 472623-58.2000.8.06.0000, pelo Plenário desta Corte.

Forte em tais razões, conheço do recurso para, dando-lhe provimento, anular a decisão agravada.

É como voto.

Fortaleza, 27 de fevereiro de 2012.

Agravo de Instrumento nº 6835-89.2005.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravado: Antônio Jardim Freire
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL CONTRA A FAZENDA PÚBLICA E QUE CONTEMPLA OBRIGAÇÃO DE FAZER E DE PAGAR QUANTIA CERTA. NECESSIDADE DE TORNAR LÍQUIDO O *QUANTUM DEBEATUR*, MESMO QUE SE TRATE DE DÍVIDA ENQUADRÁVEL COMO DE PEQUENO VALOR. OBRIGAÇÃO JUDICIAL DE OFERECER AO ESTADO DO CEARÁ A FACULDADE DE EMBARGAR A EXECUÇÃO, SEGUINDO O RITO DO ART. 730 DO CPC. EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS AO DEVIDO PROCESSO LEGAL, AO CONTRADITÓRIO E À AMPLA DEFESA. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, LIV E LV, DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ.

I – Não se pode admitir que nas execuções contra a Fazenda Pública o rito do art. 730 do CPC seja excluído, mesmo que se admita que a dívida concernente à obrigação de pagar seja enquadrável na exceção à formação de precatório constituída no § 3º do art. 100 da CF/1988, na qual se admite a requisição de pequeno valor.

II – A requisição de pequeno valor, para ser considerada válida, deve atender ao disposto no inciso I do art. 730 da Lei Adjetiva Civil, não se permitindo que o Juiz da causa requisite o pagamento diretamente ao agravante, sendo mister que o faça por intermédio do Presidente do Tribunal.

III – A falta de oferecimento ao Estado do Ceará de oportunidade para embargar a execução constitui nulidade processual, violando-se, ademais, os princípios fundamentais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, insculpidos no art. 5º, LIV e LV, da CF/1988.

IV – Quanto ao cumprimento da obrigação de fazer, consistente na implantação em folha de pagamento da vantagem vencimental contida no título judicial, deve-se conformar a regra do art. 632 com a do art. 730 ambos do CPC, podendo o Estado do Ceará dela se insurgir e ter os seus questionamentos apreciados pelo Juiz da causa

V - Insubsistente a cominação da multa fixada a título de *astreintes.*

Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento

nº 6835-89.2005.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso e prover-lhe, cassando a interlocutória de primeiro grau, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

O Estado do Ceará interpôs agravo de instrumento objetivando a reforma da decisão de fls. 71/72 e que determinou o cumprimento da obrigação de pagar, decorrente de título executivo judicial, sem a expedição de precatório por considerar dívida de pequeno valor, argumentando que é necessário o cumprimento da formalidade prevista no art. 730 do CPC, sendo cabível a sua intimação para opor embargos para que se atenda à disposição contida no art. 100 da Carta Magna.

Requereu a reforma da interlocutória *a quo,* instruindo a minuta recursal com os documentos de fls. 14/75.

Recebido o agravo na forma instrumental, determinei a intimação do recorrido para formular resposta, assim como requisitei informações ao Juiz da causa (fl. 80).

A contraminuta e os informes não foram apresentados (fls. 83 e 86).

Manifestação da d. PGJ às fls. 89/93 opinando pela conversão do agravo em retido.

À fl. 95 converti o julgamento do feito em diligência para requisitar informações ao magistrado processante, que foram prestadas na forma do expediente de fls. 103/104.

Por meio do despacho de fl. 106 determinei a intimação do agravante para demonstrar fundamentado interesse no julgamento da causa, vindo à consideração judicial a petição de fls. 113 a 117, na qual o Estado do Ceará aduz que apesar do Juízo *a quo* haver remetido ofício à Presidência do Tribunal de Justiça solicitando a expedição da Requisição de Pequeno Valor, esta nunca foi efetivada em face da existência do presente agravo de instrumento, restando comprovada a permanência do interesse recursal.

O agravado peticionou à fl. 149 postulando brevidade no julgamento do recurso, afirmando que a RPV nunca foi paga e que o seu valor encontra-se defasado.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A irresignação recursal trata de execução contra a Fazenda Pública na qual

o Juiz da causa admitiu a formação de requisição de pequeno valor (RPV) sem, antes, oferecer ao Estado do Ceará, ora agravante, a oportunidade processual de embargar a execução, ultrapassando o rito legal previsto no art. 730 do CPC.

Interessante salientar que antes de proferir a interlocutória *a quo* o magistrado processante havia determinado a intimação do autor, ora agravado, para deflagrar a execução da parte ilíquida do julgado, cumprindo com as formalidades do art. 603 e seguintes do CPC. É o que se depreende do teor do decisório de fl. 67.

Mas, adiante, ratificou anterior decisão para que a obrigação de pagar se efetivasse sem a expedição de precatório (fls. 71/72), por considerar dívida de pequeno valor.

A requisição de pequeno valor constitui exceção à regra do precatório, tal como define o § 3º do art. 100 da CF/1988, mas, por outro lado, não elide que a obrigação se torne líquida e que se ofereça ao Estado do Ceará a oportunidade ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal, pois não restou observado o *iter* processual do art. 730 da Lei Adjetiva Civil.

A falta de oferecimento de oportunidade ao Estado do Ceará para discutir o valor da dívida a que restou condenado, tornando-a líquida, momento processual no qual teria a faculdade de opor embargos à execução.

O desvirtuamento do rito procedimental acarreta violação ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, direitos fundamentais previstos no art. 5º, LIV e LV, da Constituição Cidadã e aplicáveis em favor de qualquer litigante em processo administrativo e, principalmente, judicial.

No que toca à obrigação de fazer, consistente na implantação da gratificação a que faz jus o recorrido, há, igualmente, que se oferecer ao Estado do Ceará a faculdade de se opor contra a determinação judicial, conformando-se a previsão do art. 632 do Código de Processo Civil com a do 730 do mencionado diploma.

Somente após decidido o incidente processual é que exerce o direito fundamental à recorribilidade com a submissão do decisório à apreciação do Tribunal *ad quem,* não se podendo fazê-lo no presente momento por se tratar de supressão de instância.

Insubsistente a cominação da multa fixada a título de *astreintes.*

Isto posto, conheço do agravo de instrumento e dou-lhe provimento para cassar a interlocutória de primeiro grau, cabendo ao Juiz da causa adequar o rito processual para que não incida em cerceamento de defesa, ou viole o devido processo legal e o contraditório.

É como voto.

Fortaleza, 09 de fevereiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 7023-43.2009.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravado: Alci Dedes Lins
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO. DIREITO À SAÚDE. VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO E FUNDADO RECEIO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ.

I – A jurisprudência pátria é assente no sentido de permitir a concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatórias da tutela jurisdicional nos casos em que se postulam o fornecimento de medicamentos aptos ao tratamento de saúde, objetivando tutelar dois princípios constitucionais fundamentais: o direito à vida e à saúde.

II – Inteligência dos artigos 5º, *caput*, 6º, *caput,* e 196 da Carta Republicana.

III – O art. 23, II, da CF/1988 erige que se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde, motivo pelo qual o Estado do Ceará, em consórcio com o Município de Juazeiro do Norte não pode se esquivar da responsabilidade para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial.

Agravo de instrumento conhecido, todavia improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 7023-43.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo mas negar-lhe provimento, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 5ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte que, na ação ordinária nº 2009.0006.0905-0, concedeu a tutela

antecipada determinando ao Município de Juazeiro do Norte, assim como ao Estado do Ceará a disponibilização em favor do requerente o medicamento TRATUZUMABE (Herceptin) 8mg/kg (dose ataque=379mg e depois 6mg/kg, dose de manutenção=282mg, IV) a cada três semanas até a progressão da doença, durante o período em que estiver a requerente submetida a tratamento.

Alega o agravante, que a competência para realizar tratamento de câncer e fornecer os respectivos medicamentos no âmbito do SUS é dos Centros de Assistência de Alta Complexidade em Oncologia – CACON, sob coordenação técnica do Instituto Nacional do Câncer – INCA, nos termos da Portaria nº 2.439/GM, de 8 de dezembro de 2005, que estabelece a competência das três esferas de gestão. Por este motivo, o tratamento da patologia citada nos autos deve ser tratada nos centros médicos apontados, sendo responsabilidade única da União, não podendo os Estados ser responsabilizados porque não participam diretamente do financiamento nem da adquisição dos medicamentos utilizados nas unidades que fazem atendimento oncológico.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, por se tratar de lesão grave e de difícil reparação, no mérito, o provimento do presente recurso. Instruiu o agravo com os documentos de fls. 17/48.

Às fls. 55 e 56 decidi denegar a concessão de efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 68/78; os informes não foram apresentados (fl. 79).

Parecer da d. PGJ às fl. 81/85 opinando pelo improvimento do agravo.

É o relatório.

VOTO

Recurso conhecido e cabível.

Inicialmente, resta afirmar que os requisitos necessários ao manejo do agravo, na modalidade instrumental, encontram-se presentes, motivo pelo qual conheço da irresignação.

A concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional depende da observância dos pressupostos constantes do artigo 273 do Código de Processo Civil, quais sejam a existência de prova inequívoca, a verossimilhança da alegação e o fundado receio de dano irreparável ou de difícil repNo caso em análise, tais requisitos encontram-se presentes ante o direito inalienável à vida e à saúde, dispostos nos artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196, todos da Constituição Federal em cotejo com a necessidade de administração dos medicamentos em favor do recorrido e postulados na lide principal, cuja demora ou negativa judicial de concessão da tutela antecipada e do julgamento do mérito pode importar em dano irreparável aos direitos fundamentais inicialmente suscitados.

Veja-se que em relação à relevância do pedido as Cortes Constitucional e Infraconstitucional possuem o seguinte entendimento:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS A PACIENTE HIPOSSUFICIENTE. OBRIGAÇÃO DO ESTADO. SÚMULA N. 636 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.
1. Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita. Obrigação do Estado de fornecê-los. Precedentes.
2. Incidência da Súmula n. 636 do STF: "não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida".
3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AI 616551 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 23/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00092 EMENT VOL-02301-15 PP-03120)

PACIENTES COM ESQUIZOFRENIA PARANÓIDE E DOENÇA MANÍACO-DEPRESSIVA CRÔNICA, COM EPISÓDIOS DE TENTATIVA DE SUICÍDIO - PESSOAS DESTITUÍDAS DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - NECESSIDADE IMPERIOSA DE SE PRESERVAR, POR RAZÕES DE CARÁTER ÉTICO-JURÍDICO, A INTEGRIDADE DESSE DIREITO ESSENCIAL - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS INDISPENSÁVEIS EM FAVOR DE PESSOAS CARENTES - DEVER CONSTITUCIONAL DO ESTADO (CF, ARTS. 5º, "CAPUT", E 196) - PRECEDENTES (STF) - ABUSO DO DIREITO DE RECORRER - IMPOSIÇÃO DE MULTA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de

infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA, A PESSOAS CARENTES, DE MEDICAMENTOS ESSENCIAIS À PRESERVAÇÃO DE SUA VIDA E/OU DE SUA SAÚDE: UM DEVER CONSTITUCIONAL QUE O ESTADO NÃO PODE DEIXAR DE CUMPRIR. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, "caput", e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF. MULTA E EXERCÍCIO ABUSIVO DO DIREITO DE RECORRER. - O abuso do direito de recorrer - por qualificar-se como prática incompatível com o postulado ético-jurídico da lealdade processual - constitui ato de litigância maliciosa repelido pelo ordenamento positivo, especialmente nos casos em que a parte interpõe recurso com intuito evidentemente protelatório, hipótese em que se legitima a imposição de multa. A multa a que se refere o art. 557, § 2º, do CPC possui função inibitória, pois visa a impedir o exercício abusivo do direito de recorrer e a obstar a indevida utilização do processo como instrumento de retardamento da solução jurisdicional do conflito de interesses. Precedentes. (RE 393175 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/12/2006, DJ 02-02-2007 PP-00140 EMENT VOL-02262-08 PP-01524)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. ART. 544 DO CPC. RECURSO ESPECIAL. SUS. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NECESSÁRIOS PARA O TRATAMENTO DE ANGIOPLASTIA BILATERAL. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. DEVER DO ESTADO. LEGITIMIDADE PASSIVA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. REQUISITOS LEGAIS. PREENCHIMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 07/STJ.
1. O Sistema Único de Saúde-SUS visa a integralidade da assistência à saúde, seja individual ou coletiva, devendo atender aos que dela necessitem em qualquer grau de complexidade, de modo que, restando comprovado o acometimento do indivíduo ou de um grupo por determinada moléstia, necessitando de medicamento para debelá-la, este deve ser fornecido, de modo a atender ao princípio maior, que é a garantia à vida digna.
2. Ação objetivando a condenação da entidade pública ao fornecimento gratuito dos medicamentos necessários ao tratamento de Angioplastia Bilateral.
3. O direito à saúde é assegurado a todos e dever do Estado, por isso que legítima a pretensão quando configurada a necessidade do recorrido.
4. O Estado, o Distrito Federal e o Município são partes legítimas para figurar no pólo passivo nas demandas cuja pretensão é o fornecimento de medicamentos imprescindíveis à saúde de pessoa carente, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.
Precedentes: REsp 878080 / SC; Segunda Turma; DJ 20.11.2006 p. 296; REsp 772264 / RJ; Segunda Turma; DJ 09.05.2006 p. 207; REsp 656979 / RS, DJ 07.03.2005.

> 5. Assentado o acórdão recorrido acerca da necessidade dos medicamentos pleiteados na inicial, não cabe ao STJ conhecer do recurso. As questões que levam à nova incursão pelos elementos probatórios da causa são inapreciáveis em sede de recurso especial, consoante previsto na Súmula 7/STJ.
> 6. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.
> 7. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003;MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002;AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001;AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).
> 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 1044354/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/11/2008)

Não há se falar que falece responsabilidade ao Estado do Ceará, em consórcio com o Município de Juazeiro do Norte, como decidido em primeiro grau de jurisdição, para o fornecimento do medicamento na intensidade prescrita no receituário médico que instruiu a inicial, pois se trata de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, segundo previsto no art. 23, II, da CF/1988.

Presentes a verossimilhança do direito e o receio de dano irreparável à saúde do autor, mitigando-se a irreversibilidade do provimento jurisdicional por se tratar do direito constitucional à vida e à saúde (artigos 5º, *caput,* 6º, *caput*, e 196 da Constituição Federal).

Ex positis, em harmonia com a douta promoção do Ministério Público de segundo grau, conheço do agravo, todavia para desprovê-lo.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

Mandado de Segurança

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 24061-44.2004.8.06.0000/0
IMPETRANTE: ANTÔNIO RODRIGUES CARNEIRO NETO
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DA FAZENDA,
SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO E
GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Mandado de Segurança. Servidor Público.
- Ausência de interesse de agir, a evidenciar impossibilidade de extensão a inativo de reajuste de gratificação concedido por lei a servidores em atividade.
- Não-conhecimento, por maioria.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1. *Mandamus* voltado contra ato tido como ilegal modificante da forma de cálculo de salário, que teria redundado em decréscimo vencimental do impetrante, Delegado de Polícia Civil aposentado. Aduz, para tanto, que, com base na Lei Estadual nº 11.171/86, teve incorporada a seus vencimentos a gratificação de simbologia DAS-3, contudo a Administração Pública não lhe teria estendido reajuste de cargo em comissão concedido, por lei, a servidores em atividade.

Acostada documentação de fl.s. 10/20, informes foram prestados pelo Secretário da Administração do Estado do Ceará às fl.s. 52/55, todavia inertes os demais impetrados.

Liminar concedida às fl.s. 42/46.

Parecer da PGJ pela denegação (fl.s. 61/68).

Relatado no essencial, segue decisão.

2. De saída, na lição de Hely Lopes Meirelles, quando a Constituição Federal reporta-se ao direito líquido e certo tutelado pela via mandamental *"está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração"* (Mandado de Segurança. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37).

Vislumbra-se, *in casu*, que, como exposto no próprio relatório do voto vencido, a representação incorporada pelo impetrante "deixou de ser contemplada, posteriormente, nas (...) leis de aumento" (fl.s. 78).

Faltante, pois, a plausibilidade jurídica do pleito, ante a não comprovação, de plano, de que faz jus o servidor aposentado ao pretendido aumento de gratificação concedido a servidores da ativa, porquanto não fundamentada em lastro legal.

O controle judicial da legalidade administrativa é distinto da investida nos poderes da Administração. Não cabe ao Judiciário, a pretexto de suposta lacuna na elaboração de lei concessiva de reajuste, usurpar prerrogativa inerente a outro Poder,

findando por incorrer em ilegalidade.

De mais a mais, é sedimentado que, *"em conformidade com o enunciado 339, da Súmula do STF, é vedado ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, instituir aumento a servidor público, com base na alegação de isonomia"* (STJ, 6ª T., RMS 20869 / GO, rel. Min. Paulo Medina, DJe de 01/08/2006).

Impõe-se, por consectário, a incognoscibilidade, extinguindo-se o *mandamus* sem resolução meritória (art. 267, VI, do CPC), por inadequação do pedido, ante a patente falta de interesse de agir, condição que *"haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também numa relação de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial"*, o que aqui, à obviedade, não se detectou (Theodoro Júnior, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.66).

3. Do que posto, ACORDA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por sua composição plena, em dissonância com parecer ministerial, por maioria de votos, em não conhecer do Mandado de Segurança, revogando-se a liminar antes concedida.

Fortaleza-CE, 30 de agosto de 2007.

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 35826-12.2004.8.06.0000/0
IMPETRANTE:ENPROL ENGENHARIA E PROJETOS LTDA
IMPETRADO:GOVERNADOR DO ESTADO DO CEARÁ
DESIGNADO PARA LAVRAR O ACÓRDÃO: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Mandado de Segurança. Licitação Pública.
- Prefacial rejeitada, por pertinente ao próprio mérito da impetração.
- Descabida a pretensa majoração de pontos da impetrante e redução na pontuação de concorrente a pretexto de irregularidade no certame, porquanto é vedado ao Poder Judiciário agir em substituição à Administração Pública.
- Denegação, por maioria.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1. Impetração voltada contra ato tido como ilegal e abusivo, praticado pelo Governador do Estado do Ceará, ao acatar decisão da Comissão Central de Concorrências negativa de provimento a recurso administrativo que visava à majoração de pontos da impetrante, assim como redução da pontuação da concorrente SETAPE, em licitação para contratação de serviços de levantamento e avaliação de ativo da CAGECE. Aduz-se, no azo, inobservação às regras insertas no art. 37, *caput*, da CF/88 e nos arts. 3º e 40, inciso VII, da Lei de Licitações.

Liminar concedida parcialmente às fl.s. 128/131, tão somente para determinar a suspensão do certame até julgamento do *mandamus*.

Prestados informes às fl.s. 137/141, a manifestação ministerial foi pela concessão (fl.s. 185/191).

Relato, sucinto.

2. *Ad primum,* impõe-se a rejeição da prefacial de inadequação de via eleita, posto que sua análise se confunde com a própria apreciação meritória.

Passa-se, pois, ao mérito.

É de bom aviso frisar que,

> *"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 atacado,"* (STJ, 5ª T., EDcl no RMS 19846 / RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJe de 30/10/2006).

Entrementes, vê-se, de logo, que a impetrante, naturalmente irresignada com o resultado que a desclassificou, provoca uma atuação do Judiciário alheia à sua esfera de atuação.

Depreende-se da inicial que a empresa desfavorecida intenta, de fato, uma reavaliação de pontuação atribuída pela comissão de licitação, de sorte não só a

majorar sua pontuação e reduzir os pontos da vencedora, como também a sair vitoriosa no certame.

Contudo, impossibilita-se a esta Corte Estadual agir em substituição à Administração Pública, avançando na atividade estatal, atribuindo e suprimindo notas, de certo que

> *" a atuação do Poder Judiciário não pode ser considerada atentatória à competência e ao poder discricionário do administrador, a colocar em risco a ordem pública"* (STJ, Corte Especial, AgRg no AgRg na STA 82 / DF, rel. Min. Edson Vidigal, DJe de 21/02/2005).

Imperativa, portanto, a denegação do *mandamus*.

3. Do que posto, ACORDA O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por sua composição plena, em dissonância com parecer ministerial, por maioria de votos, em desacolher preliminar e denegar a segurança, cassando-se a liminar antes concedida.

Fortaleza-CE, 07 de dezembro de 2006.

Nº: 2007.0022.4580-7/0
MANDADO DE SEGURANÇA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: JOÃO VICTOR CHAVES LIMA
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL DO ESTADO DO CEARÁ E SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DESEMBARGADOR LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

- Mandado de segurança.
- "Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o exame psicológico para habilitação em concurso público deve estar previsto em lei. Essa circunstância foi reconhecida na hipótese" (2ª T., AI 490900 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 22/09/2006), derrubando assim, a tese do impetrante de ilegalidade do ato administrativo que o eliminou do certame.
- Segurança denegada.
- Maioria.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1- Mandado de segurança originário, no qual se persegue o prosseguimento no concurso público para provimento no cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará, regido pelo edital nº 007/2006, sob a alegação de ilegalidade e abusividade do ato dos impetrados, que reprovou o impetrante na quarta fase do certame.

Documentação acostada às fl.s. 22/62.

Liminar deferida pela Relatora, Desembargadora Huguette Braquehais, às fl.s. 75/77.

Prestados os informes às fl.s. 80/88 e 90/98, a PGJ foi pela denegação da segurança.

Relatado, a breve e curto, decido.

2- Do que se extrai da inicial, constata-se que o impetrante não pleiteia a intrusão do Judiciário no mérito administrativo, almeja tão somente, a verificação da legalidade dos atos praticados pela Administração Pública no decorrer do certame, especialmente durante a realização do exame psicotécnico no qual fora reprovado, alegando, para tanto, o caráter subjetivo da referida etapa. Vislumbra-se assim, a possibilidade jurídica do pedido.

Transposta a análise da preliminar, passando-se ao mérito da demanda, é entendimento pacífico do STF, através da Súmula 686, que somente por meio de lei, poderá haver a sujeição dos candidatos a cargo público, ao exame psicotécnico, senão, contrariar-se-ia o art. 37, I, da Constituição da República.

Dito isto, não se vislumbra ilegalidade, tampouco abusividade, no ato das autoridades apontadas como coatoras, constatado que o art. 10, §1º e §2º, da Lei Estadual

nº 13.729/2006, prevê a possibilidade de avaliação psicológica dos candidatos para provimento no serviço público, sendo lícito, portanto, o edital que exige a aprovação no referido exame.

Transcreve-se, por oportuno, precedentes do Supremo: "Somente por lei se pode sujeitar candidato a exame psicotécnico para habilitação a cargo público. Incidência da Súmula 686 do STF" (2ª T., RMS 20520/SE, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 21/03/2006) e "Nos termos da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o exame psicológico para habilitação em concurso público deve estar previsto em lei. Essa circunstância foi reconhecida na hipótese" (2ª T., AI 490900 AgR/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe de 22/09/2006).

Não estando o ato administrativo, que eliminou o suplicante do certame, inquinado de qualquer mácula, o presente mandamus não merece prosperar.

3- Do que posto, ACORDA o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em rejeitar a preliminar e no mérito, em denegar a segurança, por maioria, nos termos do voto divergente do Desembargador Luiz Gerardo de Pontes Brígido.

Fortaleza, CE, 17 de abril de 2008.

0001134-40.2011.8.06.0000
Mandado de Segurança
Impeterante: Francisco de Assis e Silva
Impetrado: Secretário da Fazenda do Estado do Ceará
Relator: Des. João Byron de Figueirêdo Frota

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-ADMINISTRADORES POR DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA PESSOA JURÍDICA QUE REPRESENTA. INSCRIÇÃO PESSOAL NOS REGISTROS DO CADINE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE POR SUPOSTA GESTÃO TEMERÁRIA DECORRENTE DE VIOLAÇÃO À LEI OU DE SUBVERSÃO ÀS NORMAS DISCIPLINADAS NO RESPECTIVO ESTATUTO. INTELIGÊNCIA DO ART. 135 DO CTN. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA DAS ALEGAÇÕES EXORDIAIS. CARÊNCIA DE AÇÃO CONFIGURADA.

1 – Nos termos do art. 135 do CTN, os sócios e administradores não respondem, *a priori,* pelas dívidas e obrigações tributárias das empresas que representam, salvos se houver prova - cujo ônus compete ao próprio Fisco - de que incorreram em gestão temerária, mediante abuso de poderes, ou violação à lei ou ao respectivo contrato social.

2 – A situação se inverte, porém, se o empresário, por força de dívida oriunda das atividades de sua empresa, tem seu nome pessoalmente inscrito no CADINE e impresso na respectiva Certidão de Dívida Ativa. Nessa hipótese, convola-se em desfavor daquele o encargo de demonstrar a ilegalidade do redirecionamento da cobrança.

3 - Estando o sócio-gestor jungido a essas condições, a administração não só pode como deve, de fato, recusar-lhe certidão negativa de tributos, restando-lhe em tal hipótese, a oposição dos embargos de devedor, ou ajuizamento de ação declaratória desconstitutiva, conforme haja ou não execução fiscal já em curso.

4 – *In casu,* o impetrante não juntou aos autos cópia da correspondente CDA, vislumbrando-se impossível, de conseguinte, aferir se seu nome repousa nela impresso, e caso afirmativo, se tal inclusão resultou de procedimento válido, em que assegurados o contraditório e a ampla defesa. Tal circunstância, pois, descredencia a opção formal do mandado de segurança na espécie e impõe a extinção do processo sem resolução de mérito, com o esvaziamento da liminar anteriormente deferida.

5 – *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO: vistos, relatados e discutidos os presentes autos acorda o Órgão Especial do TJCE, por unanimidade, não conhecer da impetração, tornando sem efeito a medida liminar anteriormente concedida, nos termos do voto do Eminente Relator.

Cogita-se de mandado de segurança impetrado por FRANCISCO DE ASSIS E SILVA visando a obtenção de certidão negativa de tributos estaduais e o cancelamento de sua inscrição no CADINE ordenada sob suposto abuso de poder por ato do Secretário da Fazenda, em virtude de débitos de ICMS pertencentes à pessoa jurídica da qual ostenta ou ostentava a qualidade de sócio-gerente.

Sob o pálio de tal objeto, aduz que, a despeito de sua condição aludida, não pode sofrer restrições ou gravames fiscais oriundos e fundados em dívidas e obrigações jungidas ao passivo tributário de sua empresa.

No abono dessa alegação, busca socorro na exegese legal do art. 135 do CTN, cujo conteúdo estabelece a irresponsabilidade pessoal dos gestores pelos compromissos da sociedade que representam, salvo quanto aos que resultantes de atos praticados com excesso de poderes, violação à lei, ou subversão ao estatuto, sendo do próprio Fisco, para fins de redirecionamento da respectiva cobrança, o ônus de provar a ocorrência de uma dessas hipóteses, mediante processo administrativo em que assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Com base nessas razões, requereu medida liminar e pugnou pela concessão da ordem, juntando os documentos de fls. 25191.

Em decisão inicial, o então relator, Eminente Des. Francisco Pedrosa Teixeira, deferiu o pleito antecipatório de mérito e assinalou prazo para o préstimo das informações decendiais, decorrido *in albis*, conforme certidão de fls. 203.

Autos com vistas ao Ministério Público, sobreveio parecer de fls. 205/209 opinando pela concessão da segurança.

Redistribuídos em virtude da instalação da Corte Especial, vieram-me conclusos por encaminhamento.

É o relatório em sinopse.

Examinando os presentes autos em juízo de mérito, discute-se, no seu entorno, a problemática da corresponsabilidade dos sócios pelas dívidas e obrigações tributárias contraídas e amealhadas por empresas de cujo capital participem, ou em cujos quadros exerçam funções diretivas ou de gerenciamento.

Para os fins de tal desenlace, me sirvo da resenha fática perfilhada no exórdio cotejando-a ao plexo jurídico que circunda a impetração, cuja base normativa tem suas raízes plantadas no enunciado dos arts. 134 e 135 do CTN os quais, por sua vez, enumeram as hipóteses de substituição subjetiva da exigência fiscal, definindo, nos seguintes termos, os preceitos que regulamentam e norteiam a terceirização passiva do crédito tributário:

Art. 134 - Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da

> obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas.
>
> **Art. 135** - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos: - as pessoas referidas no artigo anterior; - os mandatários, prepostos e empregados; - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Na fresta desses dispositivos, fixou-se o entendimento de que os administradores são presumivelmente irresponsáveis pelas dívidas das pessoas jurídicas que representam, salvo quanto às obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes, subversão à lei, e violação aos ditames do respectivo contrato social ou estatuto, competindo concretamente ao Fisco – para fins de redirecionar o foco de sua exação - o ônus de provar a ocorrência de uma dessas hipóteses.

À luz dessa premissa, não havendo sinais de gestão temerária que justifique a desconsideração fiscal da personalidade jurídica subjacente, os empresários não respondem pelos débitos de suas empresas, tampouco estão sujeitos, em razão desses encargos, a qualquer restrição ou gravame que lhes subtraia ou dificulte o exercício pleno e irrestrito de certas prerrogativas.

Por esse raciocínio, a recusa estatal de certificação negativa de tributos em favor de quem se ache excluído das hipóteses legais de deslocamento subjetivo da responsabilidade tributária, constitui, *a priori*, inegável exemplo de abuso de exação, que se evidencia como subalterno contraponto à garantia constitucional de que trata o inciso XXXIV, *b*, do art. 5º da Carta Republicana de 1988.

Nesse sentido, e uma vez observados os pressupostos negativos de imputação pessoal do gestor da sociedade, é lícito a este buscar asilo no refúgio da dicção supracitada, a título, pois, de conter impulso executório eventualmente redirecionado em seu desproveito.

A situação se inverte, contudo, quando, em razão de débitos contraídos à ordem de sua empresa, o administrador tem seu nome definitivamente inscrito no CADINE e impresso na respectiva certidão de dívida ativa.

Em tal hipótese, ante a eficácia de título executivo extrajudicial que envolve o mesmo documento, exsurge a responsabilidade pessoal do empresário, convolando-se em desfavor deste o ônus de provar que não incorreu em nenhuma das circunstâncias do já mencionado art. 135 do CTN.

Colhe-se daí, portanto, que, se houver inscrição do débito no registro da repartição controladora e, se, no termo correspondente contiver o nome e a identificação do respectivo sócio, sua responsabilidade se presume, restando-lhe, assim, ou oposição de embargos de devedor ou ajuizamento de ação declaratória negativa, conforme haja, ou não execução fiscal já curso.

Assim, aliás, é orientação sobranceira do STJ, como se infere dos sumários de julgamento a seguir:

> EXECUÇÃO FISCAL - POSSIBILIDADE DE FORNECIMENTO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITOS - MANDADO DE SEGURANÇA - ADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - CDA - NÃO-INSCRIÇÃO DO NOME DO SÓCIO COMO CO-RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. 1. Inexistente a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido. 2. Mandado de segurança impetrado em razão da violação do direito líquido e certo de obter certidão negativa de débitos. Matéria que não demanda dilação probatória. Adequação da via eleita. 3. Não se confunde a pessoa do sócio com a sociedade que participa, apresentando-se ilícita a recusa quanto ao fornecimento de certidão de débito fiscal, sob o argumento de que a sociedade, da qual faz parte o sócio reivindicante, encontra-se em débito com a Fazenda. *In casu*, o nome do sócio não consta da CDA como co-responsável tributário da empresa em débito fiscal. Assim, possível a expedição de certidão negativa de débito em nome do sócio. Recurso especial improvido (Resp 2007.0244394-3/ES. Rel. Ministro Humberto Martins. DJ: 18/03/2008).
>
> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO AO SÓCIO-GERENTE. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CDA. 1. Não há falar-se em negativa de prestação jurisdicional quando todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia foram analisadas e decididas, ainda que de forma contrária às pretensões do recorrente. 2. *In casu*, o ajuizamento da execução fiscal deu-se contra a pessoa jurídica, mas amparada em certidão de dívida ativa na qual consta também o nome do sócio-gerente. 3. Consoante o entendimento pacífico deste STJ, constando na CDA o nome do sócio-gerente, afigura-se possível o redirecionamento da execução inicialmente ajuizada contra a pessoa jurídica a esse sócio, cabendo a ele demonstrar que não se faz presente quaisquer das hipóteses autorizativas do art. 135 do CTN, ante a presunção relativa de liquidez e certeza de que goza a Certidão de Dívida Ativa (q. v., verbi gratia: EREsp 702.232/RS, 1ª Seção, Min. Castro Meira, DJ de 26.09.2005). 4. Recurso especial a que se dá provimento (Resp 8307691 – RS. Rel. Min. Fernando Mathias. DJ: 02/05/2008).
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO

> MATERIAL. OCORRÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. NOME DO SÓCIO QUE CONSTA NA CDA. PREQUESTIONAMENTO VERIFICADO. MODIFICAÇÃO DO JULGADO. 1. Os embargos de declaração são cabíveis quando houver no acórdão ou sentença, omissão, contrariedade ou obscuridade, nos termos do art. 535, I e II, do CPC. 2. *In casu*, evidenciado o erro material indicado impõe-se sua correção para que, seja acolhido o anterior agravo regimental no sentido de ser reconhecido o prequestionamento da tese que sustentou que "estando o nome do sócio na CDA, o ônus da prova de ausência dolo da dissolução irregular da empresa incumbe ao empresário, em virtude de gozar a CDA (Certidão de Divida Ativa) de presunção de legitimidade e certeza." 3. Embargos de declaração acolhidos para reconhecendo erro material, dar provimento ao anterior agravo regimental, para determinar a conversão do agravo de instrumento em recurso especial. (EDcl no AgRg no Ag 960573 / RJ. Rel. Min. Luiz Fux. DJ:17/09/2009.
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS – EXECUÇÃO FISCAL – RESPONSABILIZAÇÃO DO CUJO NOME CONSTA DA CDA – INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. 1. Têm cabimento os embargos de declaração opostos com o objetivo de corrigir contradição ventilada no julgado. 2. A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo. Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção. 3. Caso a execução tenha sido proposta somente contra a pessoa jurídica e havendo indicação do nome do sócio-gerente na CDA como co-responsável tributário, não se trata de típico redirecionamento. Neste caso, o ônus da prova compete ao sócio tendo em vista a presunção relativa de liquidez e certeza que milita em favor da Certidão de Dívida Ativa. 4. Na hipótese, a execução foi proposta com base em CDA da qual constava o nome do sócio-gerente como co-responsável tributário, do que se conclui caber a ele o ônus de provar a ausência dos requisitos do art. 135 do CTN. 5. Embargos de declaração que se acolhe, com efeitos modificativos, para dar provimento ao recurso especial da FAZENDA NACIONAL. (EDcl no REsp 960456 / RS. Rel. Min. Eliana Calmon. DJ: 14/10/2008).

Na linha de tais inferências, e a despeito do figurino mandamental que aparelha a vertente propositura, forçoso se afigura, todavia, que o impetrante não instruiu sua postulação com documentos suficientemente capazes de permitir, ou de autorizar seu amplo deslinde.

Com efeito, uma vez que não há nestes autos nenhuma reprodução gráfica do certificado de escrituração da empresa de sua indigitada propriedade nos assentamentos da dívida pública estadual, impossível se plasma, na hipótese, aferir se seu nome repousa ou não impresso na respectiva CDA, e caso afirmativo, se tal inclusão resultou de procedimento válido, em que assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Sob tal enfoque, e considerando que essa informação se estabelece como pressuposto fático de incidência da norma supra-indicada, a ausência de sua

demonstração sumária, como aqui sucede, descredencia a opção formal do mandado de segurança, sobretudo porque este se qualifica como veículo potenciado de proteção a direitos subjetivos, não se prestando, por isso, nem ao sucedâneo de ações ordinárias de conhecimento, nem ao destrame de causas que divisem necessidade de dilação probatória.

Nesse sentido, é também pacífico o entendimento desta Corte. A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NOME DE SÓCIO-GERENTE CONSTANTE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA COMO CO-RESPONSÁVEL. LEGITIMIDADE PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA CONTRA A EMPRESA DEVEDORA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REJEIÇÃO. ACERTO DO *DECISUM* DE PRIMEIRO GRAU. - A jurisprudência pátria admite o incidente da exceção de pré-executividade desde que a mácula que infirme o título executivo seja verificável de plano e não seja necessária a dilação probatória, especialmente em cotejo com o art. 16, §3º, da Lei nº 6.830/80, por se tratar de execução fiscal. - *In casu*, a execução fiscal tramitante no juízo de origem escorou-se em CDA da qual consta o nome do sócio-gerente, ora agravado, como co-responsável tributário, não sendo, pois, dever da Fazenda Pública provar que tenha ele agido com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, mas sim seu o ônus de provar que não agiu de maneira a se enquadrar na previsão do art. 135, III do CTN, o que não logrou fazer por meio de prova pré-constituída na objeção de pré-executividade, restando-lhe a via dos embargos para o referido desiderato. AGRAVO CONHECIDO E NÃO PROVIDO (AI nº 19393220078060000. Rel. Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes. DJ: 27/07/2011).

Em face dessas reflexões, deixo de conhecer da impetração, seja em virtude da ausência de prova pré-constituída das alegações de preâmbulo, seja por força da inviabilidade mandamental ao desenlace da *quaestio* (CPC art. 267, incs. IV e VI), pelo que, decreto a extinção terminativa do processo, tornando sem efeito a liminar anteriormente deferida.

É como voto.

Fortaleza, 02 de fevereiro de 2012.

PROCESSO Nº: 0002154-03.2010.8.06.0000
TIPO: MANDADO DE SEGURANÇA
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTES: OZANAM TEÓFILO DE ARAÚJO E LEANDRO SIMIÃO RODRIGUES
IMPETRADOS: SECRETÁRIOS DE SEGURANÇA E DEFESA SOCIAL E DO PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL - INTERESSADOS NÃO CUMPRIRAM NORMA EDITALÍCIA EXPRESSA EM RELAÇÃO AO LIMITE MÁXIMO DE IDADE DESDE O INÍCIO DO CERTAME. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 683 DO STF. SEGURANÇA DENEGADA. PRECEDENTES.

I - Em regra, quando se trata de concurso público, todos os participantes devem concorrer em igualdade de condições, sendo, portanto, ilegal discriminação em razão da idade, sexo, cor ou estado civil (art. 7º, XXX, da Constituição Federal).

II - Todavia, em conformidade com a Súmula de nº 683 do STF, a limitação de idade para a inscrição em concurso público se justifica em face do preceito constitucional acima referido, dada a natureza das atribuições do cargo a ser ocupado, tal como ocorre com a carreira militar que exige, para o ingresso, capacidade física aprimorada.

III - No caso em exame, restou comprovado que os impetrantes não cumpriram o requisito do edital (item 3.2), quanto ao limite etário, desde o início da seleção, porquanto já possuíam ao tempo da inscrição preambular idade superior ao máximo permitido de trinta anos estabelecido para a inscrição no curso de formação profissional (etapa final).

IV – Segurança denegada.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança de Fortaleza nº 0002154-03.2010.8.06.0000, em que são partes as retro mencionadas.

Acordam, por unanimidade, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores que compõem o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em denegar a segurança, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado por Ozanam Teófilo de Araújo e Leandro Simião Rodrigues contra ato dos Secretários de Segurança Pública e Defesa Social e do Planejamento e Gestão do Estado do Ceará.

O primeiro impetrante alega que: a) logrou êxito na primeira fase do concurso público para ingresso no cargo de soldado da Carreira de Praças Policiais Militares da Polícia Militar do Ceará (PMCE), sendo convocado para segunda etapa, que consiste na inspeção de saúde; b) apesar de ter, na presente data, mais de 31 anos de idade completos, está ameaçado de não poder participar do curso de formação na segunda turma; c) o Edital do concurso, datado de 09.06.2008 (fls. 42/59), 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, pois o edital de convocação limita o acesso de candidatos que não tenham completados 30 (trinta) anos na data da matrícula do curso de formação.

Os fundamentos de seu pedido são: a) no artigo 10, *caput*, e inciso II, da lei nº 13.729/2006, alterada pela lei nº 14.113/2008, que trata sobre o ingresso na carreira militar estadual; b) no artigo 5º, inciso LXIX da Constituição Federal; c) na lei nº 1.553/51, que dispõe sobre o mandado de segurança; d) no artigo 7º, inciso XXX da Constituição Federal, que trata sobre o direito do trabalhador quanto à proibição de qualquer diferença para fins de admissão; e) no artigo 37, e incisos, da Constituição Federal que preceitua sobre cargo, emprego e função pública; f) no artigo 1º da lei nº 9.029/1995, que proíbe prática discriminatória em relação a emprego; g) no artigo 14, inciso III, da Constituição Estadual, que preconiza combate a qualquer forma de discriminação, além de discorrer sobre os Princípios da Moralidade, Legalidade, Impessoalidade, Igualdade, Publicidade, Eficiência, Razoabilidade e Proporcionalidade, Acessibilidade a cargo público, e, principalmente, o Princípio isonômico.

Sobre o Princípio da Isonomia, se insurge o impetrante quanto à exigência do edital do certame em estabelecer a idade de 35 anos para candidatos militares, e limitar a idade de 30 anos para os candidatos civis, criando uma discriminação inaceitável ante as regras constitucionais.

Requereu o impetrante a concessão de provimento liminar para assegurar sua participação no curso de formação profissional, bem como em todas as fases subsequentes do referido curso e permanência no certame em igualdade de condições com os demais candidatos, inclusive para fins de nomeação e posse, em caso de aprovação.

Com a peça inicial foram acostados documentos de fls. 39/119.

Posteriormente, o segundo impetrante ingressou como litisconsorte ativo, autorizado pelo § 2º do artigo 10 da lei 12.016/2009, alegando que: a) está em idêntica situação ao primeiro impetrante quanto ao concurso público para ingresso no cargo de soldado da Carreira de Praças Policiais Militares da Polícia Militar do Ceará (PMCE); b) apesar de ter sido considerado apto nos exames médicos a que se submeteu, conta, na presente data, com a idade de 33 (trinta e três) anos completos, estando ameaçado de não poder participar do curso de formação na segunda turma; c) o Edital do Concurso, datado de 09.06.2008 – fls. 42/59, determina que o candidato, no ato da matrícula para o Curso de Formação Profissional, deverá ter idade inferior a 30 anos; e d) vislumbra ter o seu o direito obstado de participar do Curso de Formação Profissional, terceira etapa do Concurso, em virtude de sua faixa etária, pois o edital de convocação limita o acesso a candidatos que não tenham completados 30 (trinta) anos na data da matrícula do curso de formação.

Requereu este último a extensão dos benefícios concedidos ao primeiro impetrante, quanto aos mesmos direitos e obrigações expostos no petitório inicial.

Esta relatoria, mediante decisão de fls. 185/187 e versos, denegou a liminar requerida, por considerar ausentes os requisitos legais autorizadores.

As informações foram prestadas por meio da petição de fls. 231/243.

A Douta Procuradoria de Justiça opinou, às fls. 272/275, pela denegação da segurança.

Sem revisão, inclua-se em pauta de julgamento.

É o relatório.

VOTO

A controvérsia em debate gira em torno da legalidade ou não da exigência de idade máxima para o ingresso no concurso público destinado ao preenchimento de cargos de Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Sobre o tema, esta relatoria entende que, em regra, quando se trata de concurso público, todos os participantes devem concorrer em igualdade de condições, sendo, portanto, ilegal qualquer forma de discriminação como meio de vedar o acesso ao serviço público.

Essa é a orientação cristalina insculpida no art. 7º, XXX, da Constituição Federal, transcrita, a seguir, em sua integralidade:

> Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria da sua condição social:
> XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.

Ocorre que, em situações excepcionais, quando a natureza do cargo a ser ocupado exigir, por exemplo, capacidade física aprimorada do participante, considera-se perfeitamente lícita a utilização, pela Administração Pública, de critérios objetivos, tais como: a idade para atender à necessidade e ao interesse público.

Essa é a orientação advinda da Súmula nº 683 do STF, segundo a qual:

> O limite de idade para inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido.

Assim, por tratar-se de ação mandamental que pretende ver afastada a regra editalícia que impõe a idade limite para o ingresso no curso de instrução de caráter militar, não vislumbro o alegado direito, mesmo porque tal exigência se justifica em face do preceito constitucional acima referido, dada a natureza das atribuições do cargo a ser ocupado, visto que a carreira militar exige, para o ingresso, capacidade física apurada.

Sobre a matéria, colaciono precedente do Pretório Excelso:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. CONCURSO PÚBLICO. BOMBEIRO MILITAR. LIMITE DE IDADE. VIABILIDADE. TEORIA DO FATO CONSUMADO. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO.
> Está pacificado o entendimento deste Supremo Tribunal Federal no sentido de afirmar a constitucionalidade da restrição de idade em concurso público, imposição razoável da natureza e das atribuições do cargo pleiteado.
> Aplicação da teoria do fato consumado. Impossibilidade. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - 2ª Turma - Relator Min. EROS GRAU - Agravo regimental no Recurso Extraordinário de nº 573552/SC - Julgado em 29/04/2008 - Publicado no DJE de 21/05/2008).

No caso destes autos, verifica-se que o interessado, Ozanam Teófilo de Araújo nascido em 17/04/1978, possuía mais de 30 (trinta) anos, de sorte que o impetrante já contava com idade fora dos limites estipulados no item 3.2 do edital, publicado em 06/09/2008, antes mesmo do início do concurso.

Já em relação ao impetrante Leandro Simião Rodrigues melhor sorte não lhe assiste, uma vez que, nascido em 13/09/1977, este também já contava com mais de trinta anos antes mesmo da publicidade da disputa pública, ocorrida em 06/09/2008.

Assim, demonstrado que os dois impetrantes já possuíam ao tempo do curso de formação, idade superior ao limite máximo permitido, no caso, 30 (trinta) anos completos, em conformidade com o item 3.2 do edital de regência, torna-se imperiosa a confirmação do indeferimento liminar ora combatido.

Por outro lado, não há de prevalecer a tese de que a demora da Administração

Pública prejudicou o aproveitamento dos interessados no certame, porquanto pelas datas retro apresentadas seria materialmente impossível à Administração Pública proceder de modo a convocá-los para a etapa instrutória.

Portanto, levando-se em conta a impossibilidade material de ser providenciada a convocação dos interessados antes da data limite para o ingresso no curso de formação, concluo pela inexistência de direito líquido e certo.

Diante do exposto, com esteio nos fundamentos articulados, denego a segurança pleiteada.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 24 de maio de 2012.

PROCESSO Nº**:** 0041520-49.2010.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO LIMINAR
COMARCA**:** FORTALEZA
IMPETRANTE: NOLEM COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A.
IMPETRADO: SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA:
MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. TRANSFERÊNCIA PARA TERCEIROS DE CRÉDITOS REMANESCENTES DE ICMS (CF/88, ART. 155, § 2º, XII, e ART. 25, § 1º, II, LC 87/96) - POSSIBILIDADE. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO FINDO. OMISSÃO NO EXAME DO REQUESTO PELA AUTORIDADE COATORA. CORREÇÃO PELA VIA MANDAMENTAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO VERIFICADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
I – Os créditos remanescentes de ICMS, aprovados pelas instâncias administrativas do Estado com a emissão de Certificado de Regularidade de Créditos Fiscais, na forma da Lei Complementar Estadual nº 87/96 – Lei Kandir – art. 25, § 1º, incisos I e II, podem ser transferidos para terceiros. Precedentes.
II – Havendo pareceres favoráveis da própria Fazenda Estadual para a homologação do pedido de transferência, não se mostra justificável a demora do Senhor Secretário de Fazenda, que depois de 02 (dois) anos do protocolo da pretensão, não se digna em examiná-la.
III - Segurança concedida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 0041520-49.2010.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conceder a segurança, nos termos do voto proferido pelo relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Mandado de Segurança com pedido de tutela liminar impetrado por NOLEM COMERCIAL IMPORTADORA E EXPORTADORA S.A., em face de ato omissivo do Exmo. Senhor Secretário da Fazenda do Estado do Ceará.

Esclarece a impetrante ter como atividade a exportação de produtos agrícolas, da qual credita-se em ICMS adimplido no curso da cadeia produtiva. Sob este aviso, foram acumulados valores devidamente apurados em procedimentos

administrativos, sob os nºs. 08657554-6 e 08657552-0, processados perante a SEFAZ. Assevera, na sequência, que as importâncias apuradas por força de créditos do ICMS, por disposição da Lei Complementar nº 87/96, podem ser transferidas a empresas do mesmo grupo econômico ou para terceiros. Demonstrando, então, a inexistência de sociedades empresariais do mesmo grupamento, acredita ter direito a transferir os créditos para terceiros, no que apresentou solicitação para este fim junto a SEFAZ. No caso, a postulação foi processada e recebeu pareceres favoráveis da Coordenadoria de Administração Tributária da SEFAZ e do Secretário Adjunto da Fazenda do Estado, mas a autoridade impetrada tarda em autorizar a súplica, o que a fez postular a correção deste ato omissivo pelo Poder Judiciário.

Anexa documentação composta, principalmente, dos processos administrativos referentes à pretensão de transferência antes referenciados.

Às fls. 748 proferi despacho de colheita das informações, reservando-me para apreciar a tutela liminar em fase posterior.

Informes da autoridade dita coatora, às fls. 752/754, admitindo como pertinente a pretensão mandamental, aludindo, porém, como óbice à transferência, em duas oportunidades, o seguinte: "traz – o pedido - repercussões na liberação de novo fluxo de caixa (…), fator que se traduz na demora para a liberação de novas transferências". *Sic.* Nada é discutido acerca do mérito do pedido e mesmo não sendo o caso, pede a revogação de liminar inexistente e a improcedência do pleito.

Decisão monocrática indeferindo a medida liminar pretendida ante a ausência dos requisitos necessários à sua concessão, às fls. 766/768. Na oportunidade, determinei ao Estado a juntada dos Certificados de Regularidade dos créditos objeto do pedido, para fins de reconhecimento de crédito remanescente em acorde com a Lei Complementar nº 87/96.

Às fls. 817 consta petição do Estado acostando ao processo os dois Certificados de Regularidade de Créditos Fiscais objetos desta pretensão, consoante se infere às fls. 818/819.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, às fls. 824/832, informando que não é discricionária a atividade estatal de deferimento da pretensão, motivo pelo qual recomenda a concessão da segurança para se afastar a negativa do pedido pela via omissiva, repudiando a demora no exame do pedido administrativo.

É, em síntese, o relatório.

Peço pauta para julgamento.

VOTO:

Trata-se de ação mandamental na qual é reclamada a correção pela vida jurisdicional de ato omissivo do Senhor SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ, o qual tendo sob sua guarda pedido de Transferência de Créditos de ICMS pertencentes à impetrante para terceiros, não lança sobre o pleito qualquer decisão.

Os fundamentos do pedido não foram impugnados pela autoridade impetrada ao tempo da oferta de suas informações, porquanto na peça de fls. 752/754, não teceu qualquer debate jurídico acerca do mérito da pretensão. É fato, ainda, que os informes se limitaram a reclamar que "… as cifras decorrentes de pedido dessa espécie são significativas, circunstância que representa outro componente que culmina no retardo do atendimento de postulações dessa órbita...".

É ilativo, portanto, que a pretensão da parte autora não encontra qualquer óbice na esfera jurídica, uma feita que a demora no exame do pedido no campo administrativo tem como escora questões fáticas, envoltas aos valores a serem transferidos para terceiros. A meu sentir, este argumento não nasce em solo fértil e mesmo se buscando aplicar ao caso princípios de política judiciária ou mesmo requisitos de prerrogativas da Fazenda Pública, não se pode denegar a pretensão em exame.

Isto porque, a Carta da República, em seu art. 155, inciso X, alínea "a", tornou assente:

> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> X - não incidirá:
> a) sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores;

No caso, não há dúvida nos autos quanto à atividade exportadora da impetrante. E mais, a Lei Complementar nº 87/96 – Lei Kandir – protege o direito em análise, quando no art. 25, § 1º, incisos I e II, dispõem:

> Art. 25. (.omissis...).
> § 1º Saldos credores acumulados a partir da data de publicação desta Lei Complementar por estabelecimentos que realizem operações e prestações de que tratam o inciso II do art. 3º e seu parágrafo único podem ser, na proporção que estas saídas representem do total das saídas realizadas pelo estabelecimento:
> I - imputados pelo sujeito passivo a qualquer estabelecimento seu no Estado;
> II - havendo saldo remanescente, transferidos pelo sujeito passivo a outros contribuintes do mesmo Estado, mediante a emissão pela autoridade competente de documento que reconheça o crédito.

Ao conhecer de pretensão desta natureza, assim dirimiu a matéria o Excelso Superior Tribunal de Justiça:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. CRÉDITOS ACUMULADOS. TRANSFERÊNCIA A TERCEIROS (CF/88, ART. 155, § 2º, XII, e ART. 25, § 1º, II, LC 87/96). 1. O legislador constitucional estabeleceu a transferência de crédito acumulado, mas delegou à lei complementar a disciplina desta hipótese de

> não-incidência.
> 2. A jurisprudência do STJ entende que, conforme o disposto no art. 25 da Lei Complementar 87/1996, há duas hipóteses de transferência de crédito acumulado de ICMS a contribuintes do mesmo Estado: a) nos termos do § 1º, os créditos oriundos de operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e industrializados semi-elaborados, ou serviços; e b) consoante o § 2º, os demais casos de saldos credores acumulados, a serem definidos pelo legislador estadual.
> 3. Hipótese dos autos em que a transferência a terceiros refere-se a créditos oriundos de operações disciplinadas no art. 3º, II, da LC 87/96.
> 4. Agravo Regimental não provido.(AgRg no REsp 1247425/MA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 16/09/2011)

Sufragando a ocorrência e a certeza do direito, os Certificados de Regularidade de Créditos Fiscais Remanescentes, juntados ao feito pela própria Procuradoria do Estado, fls. 818 e 819, demonstram a legalidade do direito e dos créditos, cujas cifras são expostas para conhecimento dos eminentes pares, a saber: quanto ao procedimento nº 08657552-0, o valor é de R$ 481.320,86 (quatrocentos e oitenta e um mil, trezentos e vinte reais e oitenta e seis centavos), e no que tange ao processo nº 08657554-6, o importe é de R$ 108.907,46 (cento e oito mil, novecentos e sete reais e quarenta e seis centavos).

Estas quantias são consignadas para que se possa analisar o único argumento exposto pelo Estado, isto é, que os valores a serem transferidos para terceiros são elevados, resultando isto na atividade morosa de exame do pleito administrativo.

A meu sentir, a pretensão, mesmo se considerando o importe das quantias supra destacadas, não pode ficar esperando pelo livre arbítrio do Sr. Secretário de Fazenda, porque como bem alvitrado pela douta Procuradoria de Justiça em seu parecer, não tem natureza discricionária administrativa a atividade *sub judice*. Ademais disso, os pleitos foram apresentados ao impetrado, depois de demorados procedimentos administrativos, em 20 de novembro de 2009, conforme protocolo da SEFAZ, fls. 385.

Assim, não se pode entender que um direito reconhecido na esfera administrativa resulte sem solução e que a liquidação da obrigação reste inconclusa apenas em razão do valor do crédito. É que, depois de protocolado o pedido já transcorreram os anos de 2010 e 2011, de sorte que foi perfeitamente possível ao ente estatal solucionar a problemática adequando a importância ao seu orçamento.

Esta conclusão se extrai do seguinte entendimento do Excelso STJ:

> TRIBUTÁRIO. ICMS. LC 87/96. TRANSFERÊNCIA A TERCEIROS DE CRÉDITOS ACUMULADOS EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DE EXPORTAÇÃO. ART. 25, § 1º, DA LC 87/96. NORMA DE EFICÁCIA PLENA. DESNECESSIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ESTADUAL REGULAMENTADORA. INVIABILIDADE DE VEDAÇÃO À TRANSFERÊNCIA.
> 1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça entende que, conforme

> o disposto no art. 25 da Lei Complementar n. 87/96, há duas hipóteses de transferência de crédito acumulado de ICMS a contribuintes do mesmo Estado: (a) nos termos do § 1º, os créditos oriundos de operações e prestações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, ou serviços; e (b) nos termos do § 2º, os demais casos de saldos credores acumulados, a serem definidos pelo legislador estadual.
> 2. A primeira hipótese prescinde de lei estadual regulamentadora, pois se trata de norma de eficácia plena. Neste sentido, o Min. Teori Albino Zavascki, no voto-vista proferido no RMS 13.969/PA (1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 4.4.2005), esclarece: "o art. 25, § 1º, da LC 87/96 é expresso ao conferir ao contribuinte detentor de saldos credores de ICMS acumulados desde a edição desse diploma legal, em razão de operações de exportação, a faculdade de aproveitá-los mediante transferência a qualquer estabelecimento seu no mesmo Estado (inciso I) e, havendo saldo remanescente, mediante transferência a outro contribuinte do mesmo Estado (inciso II) — utilizando-se, nesse segundo caso, de documento expedido pela autoridade fazendária reconhecendo a existência do crédito. Trata-se de norma de eficácia plena, que dispensa qualquer regulamentação por lei estadual. A legislação estadual é requerida apenas para o reconhecimento do direito à utilização, nas modalidades acima descritas, dos demais saldos credores acumulados a partir da vigência da Lei Complementar, isto é, aqueles que não os decorrentes de exportações, nos inequívocos termos do § 2º do mesmo dispositivo". Precedentes.
> 3. Ante a autoaplicabilidade do § 1º do art. 25 da Lei Complementar n. 87/96, e, sendo os créditos oriundos de operações disciplinadas no art. 3º, inciso II, do mesmo normativo, "não é dado ao legislador estadual qualquer vedação ao aproveitamento dos créditos do ICMS, sob pena de infringir o princípio da não-cumulatividade, quando este aproveitamento se fizer em benefício de qualquer outro estabelecimento seu, no mesmo Estado, ou de terceiras pessoas, observando-se para tanto a origem no art. 3º." (RMS 13544/PA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.11.2002, DJ 2.6.2003, p. 229). Recurso especial provido. (REsp 1252683/MA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/06/2011, DJe 29/06/2011)

Em síntese, entendo como presente o direito líquido e certo da impetrante, cujo ato omissivo do impetrado reclama urgente correção pela via deste remédio constitucional.

Diante do exposto, concedo a segurança requestada na presente ação mandamental para determinar ao impetrado a homologação das solicitações de transferência dos créditos formulados nos 02 (dois) procedimentos sob sua guarda supra mencionados.

Sem honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei de nº 12.016/2009.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 12 de julho de 2012.

Nº PROCESSO: 0084363-31.2007.8.06.0001
TIPO DE PROCESSO: REEXAME NECESSÁRIO
IMPETRANTE: MARCOSA S/A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS
REMETENTE: JUÍZO DA 5ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza
IMPETRADO: COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA CATRI DA SEFAZ-CE
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIBERAÇÃO DE MERCADORIAS. ILEGALIDADE NA RETENÇÃO DOS BENS APREENDIDOS PELO FISCO ESTADUAL. CONFISCAÇÃO INADMITIDA. VIOLAÇÃO ÀS SÚMULAS 323 DO STF E 31 DO TJ/CE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DA REMESSA NECESSÁRIA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do Reexame Necessário nº. 0084363-31.2007.8.06.0001, em que figuram, como partes MARCOSA S/A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS e COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA CATRI DA SEFAZ-CE, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DA REMESSA DE OFÍCIO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinado, trata-se de Reexame Necessário no Mandado de Segurança impetrado por MARCOSA S/A MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS contra ato do COORDENADOR DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DA CATRI DA SEFAZ-CE, em que o Impetrante requereu a liberação das mercadorias apreendidas descritas nas Notas Fiscais de nºs. 316906, 316901, 316902 e 316904 emitidas em 14/09/2007.

Fundamento: Sustenta da impossibilidade de adoção de métodos coercitivos indiretos para a satisfação de pretensões de cunho fiscal e que a autoridade coatora possui outros meios eficazes e legais para cobrar os impostos ou multas supostamente devidos.

Liminar deferida às fls. 48/51.

Em Informações de fls. 57/64, a autoridade coatora aduz da legalidade do ato de apreensão; da supremacia do interesse público; e, do poder de polícia inerente a sua atividade.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático concedeu a segurança, com o fim de liberar as mercadorias, confirmando a liminar antes deferida.

É o que se lê às fls. 71/74.

Inexistiu apelação, subindo-se os autos por ocasião do Reexame Necessário.

Deixo de abrir vista à Procuradoria Geral de Justiça por não existir manifesto interesse público relevante, nos termos do inciso XIII c/c parágrafo único, do art. 53 do Regimento Interno desta Corte.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, por estar presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da remessa obrigatória, *ex vi* do art. 475, I, do Código de Processo Civil, por se encontrar a r. sentença *a quo* sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo seus efeitos senão depois de confirmada pelo Tribunal, se for o caso.

Trata-se a questão de fundo sobre a possibilidade de apreensão de mercadoria, após a lavratura de Auto de Infração como forma coercitiva de cobrança de tributo.

Com efeito, o caso em análise, à evidência, está em confronto com os comandos plasmados na Súmula 323 do STF e na Súmula 31 do TJ/CE.

Assim, acertou o Juiz sentenciante, pois deu concretude aos verbetes do Supremo Tribunal Federal e desta Egrégia Corte, mantendo a liminar anteriormente deferida, conforme Súmulas abaixo, *verbis*:

> SÚMULA 323: **É inadmissível a apreensão de mercadoria como meio coercitivo para pagamento de tributo.**
>
> Súmula nº 31 do TJ/CE: **Padece de ilegalidade e ilicitude a apreensão de mercadorias pelo fisco como forma coercitiva de pagamento de tributos, devendo a satisfação do crédito tributário ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo e jurisdicional próprios à sua constituição e execução, respectivamente.**

Em consonância às Súmulas retromencionadas há comando expresso da Constituição Federal que estabelece o Princípio do Não Confisco Tributário:

> Art.: 150: Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
> (...)
> IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

Neste sentido, a vedação constitucional mencionada representa obstáculos à injusta apropriação do Estado, no todo ou em parte, do patrimônio dos Contribuintes.

Impende dizer, por oportuno, que o Ente Público possui meios de obter o adimplemento da obrigação discutida, não podendo valer-se da apreensão das mercadorias como meio coercitivo, como dito.

Destaque-se que, embora o regulamento do Imposto sobre Circulação de Mercadoria e Serviço - ICMS aprovado pelo Decreto nº 24.569/97 em seu texto permita a apreensão de mercadorias nos casos ali especificados, há de ser entendido, à evidência, apenas pelo tempo necessário à coleta de elementos indispensáveis à caracterização de eventual ilícito tributário e identificação do sujeito responsável pela obrigação tributária ou o contribuinte do imposto exigido, razão pela qual, no caso, não devem as mercadorias permanecer apreendidas pela Autoridade coatora.

Tal ilação decorre do fato de que, se o contribuinte está em situação irregular diante do sujeito ativo da obrigação tributária (FISCO), deve este unicamente adotar os meios necessários para a constituição válida do crédito tributário e sua posterior cobrança, não se admitindo a retenção por tempo indefinido das mercadorias pertencentes ao contribuinte.

Ante aos fundamentos apresentados, CONHEÇO da presente remessa de ofício, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 24 de janeiro de 2012.

PROCESSO Nº: 0019310-14.2004.8.06.0000
TIPO: MANDADO DE SEGURANÇA COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR
COMARCA: FORTALEZA
IMPETRANTE: MILTON RODRIGUES LIMA
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DE PLANEJAMENTO E GESTÃO DO ESTADO DO CEARÁ, SECRETÁRIO DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ E PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO APOSENTADO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS - TETO REMUNERATÓRIO - APLICAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL DE Nº 41/03 - SUBSÍDIO DO DEPUTADO ESTADUAL COMO PARADIGMA A SER APLICADO - SEGURANÇA DENEGADA - PRECEDENTES DESTA CORTE.

I - Em atendimento ao comando disposto no inciso XI do art. 37 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional de nº 41/2003, de 19/12/2003, restou criado um teto remuneratório para cada esfera de poder, denominado, em nível estadual, de subteto. Para o Poder Judiciário local ficou estabelecido como valor máximo a ser percebido pelos servidores o subsídio do Desembargador. Em relação ao Poder Legislativo aplicou-se o subsídio do Deputado Estadual, ao passo que ao Poder Executivo fixou-se como limite a quantia mensal auferida pelo Governador do Estado.

II - Assim, tendo em vista que o impetrante é servidor público aposentado do quadro de pessoal do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, órgão auxiliar ao Poder Legislativo Estadual, não há que se cogitar em qualquer violação a direito líquido e certo, uma vez que o interessado tem como paradigma o subsídio de Deputado Estadual e não a remuneração de Desembargador conforme pretende ver assegurada na espécie.

III - Segurança denegada.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 0019310-14.2004.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em denegar a segurança, nos termos do voto proferido pelo relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado

por Milton Rodrigues de Lima contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Ceará.

Sustenta o requerente, inicialmente, que, na qualidade de servidor público aposentado, no cargo de 1º Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, passou a sofrer, a partir de abril de 2004, violenta supressão de seus proventos, no montante de R$ 2.396,15 (dois mil, trezentos e noventa e seis reais e quinze centavos), por mês, valor equivalente à época da impetração, em face da incidência da Lei Estadual de n.º 13.464/04, que estabeleceu o subsídio de Deputado Estadual como o novo teto remuneratório dos servidores do TCE.

Todavia, segundo a argumentação articulada pelo interessado, ao ser admitida a validade do mencionado ato restariam afrontadas os princípios constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimento.

Alega, em seguida, o promovente que, sendo o Tribunal de Contas do Estado do Ceará, órgão meramente auxiliar ao Poder Legislativo Estadual, não poderia seus proventos ficarem subordinados ao subteto deste Poder, correspondente ao subsídio dos Deputados Estaduais, devendo, na verdade, vincular-se ao subsídio de Conselheiro do TCE, o qual é constitucionalmente vinculado ao subsídio de Desembargador Estadual.

Requereu, em consequencia, a concessão da segurança para ver excluída da incidência do teto remuneratório as aludidas vantagens pessoais.

A relatoria, à época, indeferiu a liminar, à fl. 37, valendo-se, para tanto, do art. 5º da Lei nº 4.348, de 26/06/64.

Constam às fls. 25/29, as informações prestadas pela autoridade impetrada.

Com vista destes autos, o representante do Ministério Público requereu, por meio de parecer de fls. 53/58, a notificação do Secretário da Fazenda e o da Administração Estado do Ceará, diligência prontamente acolhidas pela presidente do feito (fl. 76).

A Secretária de Planejamento e Gestão manifestou-se às fls. 85/92, em síntese, sustentando a inexistência de ato abusivo e ilegal a ser corrigido, via remédio heróico, uma vez que a Emenda Constitucional n.º 41/2003 permitiu a criação de subtetos estaduais, mediante a edição de leis dos entes federados, das quais é exemplo a Lei Estadual n.º 13.507/2004, que limitou a remuneração dos servidores públicos do TCE ao subsídio dos deputados estaduais.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, mediante parecer acostado às fls. 96/111, opinou pela concessão da segurança.

É o breve relato.

VOTO:

A presente ação constitucional tem por objetivo preservar os proventos do impetrante em relação à incidência do teto remuneratório previsto no art. 37, XI da Constituição Federal, bem como a não subordinação ao sub-teto do Poder Legislativo,

em face da Lei Estadual de n.º 13.464/2004, por entender o autor que deve ser vinculado ao teto do Poder Judiciário.

Para tanto, oportuna se faz a transcrição do inciso XI, do art. 37 da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003:

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

Ora, como se percebe da leitura da norma constitucional retro mencionada, ficou assentado, em nível nacional, como valor máximo, a ser percebido pelo funcionalismo em geral, o subsídio pago aos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, ainda em decorrência do citado dispositivo derivado, restaram criados, em nível estadual, três outros patamares, um para cada esfera de poder, denominados de subtetos.

Assim, para o Poder Judiciário local ficou estabelecido como valor máximo a ser percebido pelos servidores o subsídio do Desembargador. Já em relação ao Poder Legislativo aplicou-se o subsídio do Deputado Estadual, ao passo que ao Poder Executivo fixou-se como limite a quantia mensal auferida pelo Governador do Estado.

Definidos os paradigmas para cada função estatal, faz-se necessário indicar sobre qual subteto vincula-se o impetrante na qualidade de servidor público estadual, lotado no ***Tribunal de Contas do Estado do Ceará***.

Sobre o tema, este Sodalício tem decidido reiteradamente que não tendo a Constituição Federal concedido tratamento específico aos servidores das Cortes de Contas, devem estes subordinarem-se ao limite imposto aos servidores do Poder Legislativo.

Neste sentido, vejamos a orientação deste sodalício:

> "EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORES. TRIBUNAL DE CONTAS. TETO.
> 1. Não versando o vertente mandado de segurança sobre supressão de vantagem, mas sim sobre mera redução (ou desconto) mensal de proventos em quantitativo excedente ao teto remuneratório, convém afastar a hipótese de decadência, uma vez que o prazo para impetração 'in casu' se renova a cada nova subtração supostamente irregular. Precedentes do STJ.
> 2. Não fazendo a Carta Magna expressa previsão acerca dos servidores dos Tribunais de Contas, ficou o Estado do Ceará autorizado, mediante as Leis nº(s) 13.464/2004 e 13.507/2004, a estipular como teto remuneratório da referida categoria o Subsídio de Deputado Estadual, uma vez que efetivou as diretrizes constitucionais, que previram apenas três hipóteses de subteto remuneratório, referenciando apenas aos subsídios do Governador, do Deputados e dos Desembargadores.
> Por outro lado, sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do mandado de segurança nº 24.875-1, em 09 de março de 2006, rejeitou o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade da EC nº 41/2003, estabelecendo, como consta do voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que 'não é possível(...) como querem alguns, data *máxima vênia*, equacionar a questão à luz da preservação de direitos adquiridos, diante do firme entendimento do Supremo no sentido de que não há como invocar tal garantia em face de regime jurídico modificado por legislação superveniente'. Ordem denegada." (TJ/CE - Tribunal Pleno - Rela. Desa. Gizela Nunes da Costa - Mandado de Segurança de n.° 2006.0025.9796-9/0 - unânime).

Logo, tendo em vista que o impetrante é servidor público aposentado, no cargo de 1º Auditor do Tribunal de Contas do Estado do Ceará, órgão auxiliar ao Poder Legislativo Estadual, não há que se cogitar em qualquer violação a direito líquido e certo, uma vez que o interessado tem como paradigma o subsídio de Deputado Estadual e não a remuneração de Desembargador conforme pretende ver assegurada na espécie.

No que concerne ao tema da suposta violação aos cânones constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade dos vencimentos, melhor sorte não merece a tese defendida pelo impetrante, em face do reconhecimento expresso pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal da constitucionalidade do inciso XI do art. 37 da Carta Magna, com redação dada pela emenda constitucional nº 41/03, quando do julgamento do Mandado de Segurança nº 24875/DF, oportunidade em que restou pacificado o entendimento de que as vantagens pessoais, a partir da mencionada Emenda Constitucional, são computadas para fins de cálculo do teto remuneratório.

Essa é a orientação expressa da Corte Suprema:

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TETO REMUNERATÓRIO. EC 41/03. VANTAGENS PESSOAIS. INCLUSÃO. 1. As vantagens pessoais

> incluem-se no cálculo do teto remuneratório, como dispõe o artigo 37, XI, da Constituição do Brasil, com a redação que lhe foi conferida pela EC 41/03. 2. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (RE-AgR 477477/MG, STF, T2, Rel. Min. Eros Grau, DJ de 24/11/2006).

Perfilhando idêntico entendimento, colaciono aresto desta Corte:

> "EMENTA: VANTAGENS PESSOAIS E TETO CONSTITUCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41 E INCLUSÃO DAS VANTAGENS PESSOAIS AO TETO REMUNERATÓRIO. REDUÇÃO DOS VENCIMENTOS DOS IMPETRANTES. DIREITO ADQUIRIDO. INEXISTÊNCIA NO PARTICULAR. 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." (MS nº 2007.0006.2658-7/0, TJCE, Tribunal Pleno, Rel. Des. Francisco Haroldo Rodrigues de Albuquerque, j. em 06/12/2007).

Como se percebe, o autor reclama inutilmente contra a incidência do teto remuneratório a partir de maio de 2004, época em que já estava em vigor a Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que autorizou a inclusão das vantagens pessoais no referido limite constitucional, de acordo com a orientação acima perfilhada.

Em síntese, atualmente, considera-se constitucional a conduta da Administração Pública que aplica o teto e o subteto remuneratório dos agentes públicos, com o redutor de vencimentos, subsídios e pensões fixados no Art. 37, XI da CF/88, fixados pela EC 41/2003, incluídas, para seu cômputo, as vantagens pessoais, salvo as de natureza indenizatória.

Diante do exposto, voto no sentido de denegar a segurança na presente ação mandamental.

Deixo de condenar o impetrante em honorários advocatícios, face o disposto no art. 25 da Lei de nº 12.016/2009.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 01 de dezembro de 2011.

Jurisprudência Criminal

Apelação CRIME

PROCESSO Nº 0000029-37.2010.8.06.0170
APELAÇÃO CRIME – VARA ÚNICA DA COMARCA DE TAMBORIL
APELANTE: ÁLVARO OLIVEIRA DOS SANTOS
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA (ART. 15 DA LEI Nº 10.826/03) – PEDIDO DE REDUÇÃO PARA PENA MÍNIMA – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E CONFISSÃO – ACOLHIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE FARTAMENTE DEMONSTRADAS – PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO.

1. O conjunto probatório encontra-se firme e coeso, apto a evidenciar a materialidade do crime e sendo a autoria atribuída ao recorrente, a condenação é medida que se impõe.
2. Mantém-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime, pois os disparos foram efetuados pelo acusado em via pública, onde há uma grande movimentação de pessoas.
3. Sendo o agente menor de vinte um anos de idade à época dos fatos impende reconhecer a atenuante específica e redimensionar a pena base.
4. 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

Apelação interposta pelo acusado Álvaro Oliveira dos Santos contra sentença que o condenou pela prática da infração capitulada no art. 15 da Lei nº 10.826/03, à pena de dois (02) anos e nove (09) meses e ao pagamento de trinta e três (33) dias-multa, no regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformado com esse resultado, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 173/178, visando à reforma da decisão, com pedido de redução da

pena com aplicação mínima e reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão

As Contrarrazões da Promotoria de Justiça foram ofertadas às fls. 180/183, propugnando-se pelo improvimento do apelo. O parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça foi exarado no sentido de dar parcial provimento ao pleito, podendo ser visto às fls. 192/197.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 16/04/12, 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 legais de sua admissibilidade.

Narra a exordial acusatória que Álvaro Oliveira dos Santos, no dia 26 de dezembro de 2009, por volta das 19h, nas imediações da Vila São Pedro, município de Tamboril, teria efetuado disparos de arma de fogo em via pública.

Com fulcro nas incontestáveis provas dos autos a douta julgadora condenou Álvaro Oliveira dos Santos, pela infração capitulada no art. 15 da Lei nº 10.826/03, à pena de dois (02) anos e nove (09) meses e ao pagamento de trinta e três (33) dias-multa, no regime inicial aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas penas restritivas de direitos.

A autoria e a materialidade encontram-se cabalmente demonstradas a partir da análise e da valoração dos depoimentos colhidos na fase policial, confrontados com a prova testemunhal coletada em Juízo.

Irresignado com o resultado da sentença condenatória Álvaro Oliveira dos Santos, apelou contra o *decisum,* pleiteando a redução da pena, com a aplicação mínima e o reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão.

Pleiteia a Defesa a redução da pena base, porém não lhe assiste razão. A douta Magistrada fixou a pena base do delito de disparo de arma de fogo em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, ou seja, levemente acima do mínimo legal, considerando como circunstâncias judiciais desfavoráveis as circunstâncias e as consequências do crime.

Em relação às circunstâncias do crime, deve ser mantida a sua análise desfavorável, pois os disparos foram efetuados em via pública, onde há uma grande movimentação de pessoas. Desse modo, verifica-se que a sentença fundamentou a análise desfavorável das consequências com base em elementos concretos que ultrapassaram o tipo penal.

Isso porque, pela análise detida da fundamentação contida na dosimetria constata-se que a MM. Juíza reconheceu, corretamente, que algumas das circunstâncias judiciais eram desfavoráveis ao acusado. Tais circunstâncias desfavoráveis levaram a

um pequeno acréscimo na pena base, não havendo que se falar, portanto, em redução.

Nesse sentido:

> "O Juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário, porque o *caput* do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena-base, de sorte que, quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo". (HC 76.196-GO, 2ª T., rel. Maurício Correa, 29.09.1998, RTJ 176/743).

Em relação ao pleito de reconhecimento da atenuante da confissão, igualmente não merece prosperar. A atenuante suscitada não pode ser reconhecida, quando a confissão acontece de modo incompleto e parcial ou ainda quando permeada de ressalvas. Portanto, não há equívoco na sentença, não militando em favor do réu a atenuante da confissão espontânea.

Portanto, inexistindo dúvidas acerca da menoridade, há uma pequena retificação a ser feita na pena do recorrente Álvaro Oliveira dos Santos, no que diz respeito à atenuante da menoridade. Realmente, à época dos fatos, possuía o agente a idade de 19 anos, eis que nascido em 17/08/1990 e o ato delituoso ocorreu em 26/12/2009, fazendo jus, portanto, à atenuante genérica do artigo 65, inciso I, do Código Penal.

Nesse passo a dosimetria da pena merece pequeno reparo. Em obediência aos elementos norteadores dos artigos 59 e 60 do Código Penal, pelos mesmos fundamentos adotados na referida sentença, mantem-se a pena base de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão

Na segunda fase, aplica-se o decréscimo de seis (06) meses, em decorrência da atenuante genérica da menoridade relativa, estabilizando a reprimenda num total de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, diante da inexistência de agravantes, causas de aumento ou de diminuição.

Finalmente, mantem-se, conforme fixado na sentença impugnada, o valor do dia-multa, o regime inicial aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementa de acórdão sobre o tema:

> EMENTA**:** APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. PENA. REDUÇÃO. INVIABILIDADE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO RECONHECIMENTO. CONFISSÃO QUALIFICADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO
>
> 1. A aplicação do princípio da consunção demanda a existência de um nexo de dependência entre as condutas, com a consequente absorção do crime

> menos grave pela conduta mais grave. Pressupõe a ocorrência de um crime que seja meio necessário ou normal fase de preparação ou de execução para outro delito mais grave.
> 2. No caso em tela, denota-se que o acusado com uma única ação ofendeu dois bens jurídicos distintos (a incolumidade pública e a integridade física), respondendo pelo delito de disparo de arma de fogo, a título de dolo, e pela lesão corporal causada na vítima, a título de culpa. Nesse contexto, havendo desígnios autônomos, inviável a aplicação do princípio da consunção, pois a conduta de disparo de arma de fogo não foi praticada especificamente como meio para a prática do crime fim de lesão corporal.
> 3. Mantém-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime, pois os disparos foram efetuados pelo acusado em via pública, onde há uma grande movimentação de pessoas, como também em direção a um veículo com três pessoas em seu interior.
> 4. Também deve ser mantida a avaliação negativa das consequências do crime, pois de acordo com o laudo de lesões corporais, a vítima foi atingida por um projétil de arma de fogo que transfixou seu braço direito, permanecendo alojado em seu corpo.
> 5. Trata-se de confissão qualificada aquela em que o agente admite a realização da conduta, mas alega a existência de causas descriminantes ou exculpantes, a qual não confere o direito à atenuante da confissão espontânea.
> 6. Recurso conhecido e não provido para manter a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 15 da Lei n. 10.826/2003, à pena de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto. (Acórdão n. 567108, 20111210034259APR, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 16/02/2012, DJ 28/02/2012p.248)

Ex positis, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, emite-se o voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso interposto, tão somente para reconhecer a menoridade do apelante, condenando-lhe definitivamente à pena de 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 33 (trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se, no restante, a referida sentença condenatória.

É o voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2012.

PROCESSO N°: 0455200-96.2011.8.06.0001.
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: 10ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
APELANTE: PEDRO VALTER DA PENHA FILHO.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO SIMPLES NA FORMA TENTADA. REFORMA NA DOSIMETRIA. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. *In casu,* a magistrada sentenciante aplicou a pena base acima do patamar mínimo, considerando como péssimos antecedentes, o fato do indigitado possuir outra ação penal em andamento. Ademais, ao reconhecer o delito na forma tentada, reduziu a pena no mínimo (1/3), sem a devida motivação.
2. Sendo o réu primário, inadmissível ter como circunstância desfavorável, o fato de responder a outros processos, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e, ainda, por estar em desacordo com a Súmula 444 do Tribunal da Cidadania**:** *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"*.
3. Atendendo o princípio da motivação das decisões judiciais, deve o julgador justificar sua opção na escolha do patamar aplicável pelo *conatus,* de modo que as partes tenham conhecimento das razões que o levaram a escolha do *quantum* aplicado, respeitando a Carta Magna, art. 93, inciso IX: *"Todos os julgamentos dos órgãos do poder judiciário serão públicos, e fundamentadas todas decisões, sob pena de nulidade [...]."*
4. Reduzida a pena base para o mínimo legal e imposta a redução máxima prevista no art. 14 do CPB, diante da inexistência de fundamentação idônea na imposição do redutor de 1/3, fica a sanção definitiva em 01(um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão.
5. Segundo a doutrina e jurisprudência dominante, a pena de multa deverá ser calculada em duas fases, devendo o juiz, na primeira, levar em conta para fixar entre 10 a 360 dias multa, as circunstâncias judiciais, pois o artigo 59 do Código Penal, assim o determina, e, na segunda, a situação econômica do réu, para determinar o valor de cada dia multa. (Precedente do STJ).
6. De ofício, fica reduzida a pena de multa para o mínimo legal, 10 (dez) dias multa, razão do 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.
7. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 0455200-96.2011.8.06.0001, oriundos do Juízo da 10ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/

CE, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Pedro Valter da Penha 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 apelatório, por tempestivo, e reformar a sentença, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação interposta por Pedro Valter da Penha Filho contra sentença (fls. 92/95) que o condenou como incurso no art. 157, *caput*, c/c o art. 14, II, ambos do Código Penal, à pena de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente aberto e ao pagamento de 30 (trinta) dias multa.

Recurso da defesa (fls.101/104), pleiteando a redução na dosimetria.

Contrarrazões do Ministério Público (fls. 106/109), pela mantença da sentença na íntegra.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 116/119) opinando pelo conhecimento do recurso, mas para negar-lhe provimento.

É o relatório.

VOTO

O presente apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie. Passo agora a análise do mérito do recurso.

Cuida-se de apelatório visando a reforma do *decisum* de primeiro grau, que condenou o apelante à reprimenda de 02 (dois) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto e ao pagamento de 30 (trinta) dias multa.

Busca a defesa reduzir a pena base para o patamar mínimo, alegando que as circunstâncias judiciais são predominantemente favoráveis ao indigitado, e a redução de dois terços (2/3) em razão do *conatus,* uma vez que inexiste motivação na escolha da fração utilizada (1/3).

Primeiramente, como asseverou a douta Procuradora de Justiça à fl.117, *"constata-se que os depoimentos das testemunhas na fase jurisdicionalizada (por meio áudio visual) não estão acostados as fls. 77."* Porém, como o debate não enfrenta o édito condenatório, mas apenas a individualização da pena, desnecessário nesta instância desmiudar os depoimentos colhidos na instrução.

Razão assiste a douta Defensora Pública, uma vez que a juíza sentenciante considerou como péssimos antecedentes a existência de processos criminais em andamento, dosando a pena base acima do mínimo, apesar das circunstâncias judiciais lhe serem predominantemente favoráveis.

No que interessa, transcrevo parte da sentença vergastada (fls. 94/95), *ipsis*

litteris:

> "[...] Analisadas as diretrizes do art. 59, CPB, denoto que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; é possuidor de péssimos antecedentes, pois responde a vários processos criminais, conforme noticia a certidão cartorária às fls. 49/50; não lhe é prejudicial a sua conduta; o motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito, de acordo com a própria objetividade jurídica dos crimes contra o patrimônio; a conduta da vítima em nada contribui para a consumação do ilícito; e não existem elementos para se aferir a situação econômica do réu.
> À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena base em 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão." (Grifei)

Deitando os olhos na certidão referida no julgado, verifico que o indigitado responde apenas a outra ação penal por furto tentado, junto à 5ª Vara Criminal desta Comarca, uma vez que o processo referente a 10ª Vara Criminal, é este sob comento.

Na sentença combatida, a nobre magistrada aplicou a pena base acima do mínimo, valorando como desfavorável os antecedentes, porém, como observado nos autos, não há condenação transitada em julgado, demonstrando ser o réu tecnicamente primário. Logo inadmissível ter como circunstâncias desfavoráveis, o fato de responder a outros processos, em respeito ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade e, ainda, por estar em desacordo com a Súmula 444 do Tribunal da Cidadania, que assim dispõe: *"É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena base"*.

Assim, em respeito ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF), diante das circunstâncias apresentadas, não há que se falar em péssimos antecedentes, não sendo cabível o aumento realizado na primeira fase de dosimetria, devendo a pena base ser estabelecida no mínimo legal.

Em relação à tentativa, a magistrada inobservou o aspecto da motivação das decisões judiciais, uma vez que reconheceu o crime na forma tentada, porém omitiu à análise quanto ao *iter criminis* percorrido pelo indigitado, restringindo-se a adotar a menor redução (1/3), sem demonstrar as razões do seu convencimento.

O STJ já firmou entendimento de que "*na tentativa, a redução da pena deve levar em conta o maior ou menor caminho do crime percorrido pelo agente. Ficando o delito bem próximo de sua consumação, a redução pela tentativa deve ser de 1/3 da pena, e não a máxima prevista"* (RT 614/283).

É sabido que o julgador, ao diminuir a pena no crime tentado, deve observar o caminho percorrido pelo réu na obtenção do resultado. No caso vertente, verifica-se que a *res* não chegou a sair da esfera de vigilância da vítima, máxime porque o policial que se encontrava ali próximo, ao ouvir o anúncio do assalto, abordou o indigitado imediatamente, impedindo a consumação.

Nesse sentido:

> "Na redução da pena em face da tentativa, deve o julgador justificar a opção que fizer entre um ou dois terços facultados pela lei" (TACRIM-SP - Rev. 127.966 - Rei. Canguçu de Almeida).
>
> "A fixação do percentual incidente no caso concreto, tendo em vista causa de diminuição da pena - tentativa - não se faz aleatoriamente. Há de ser levado em conta o iter criminis, ou seja, os atos que chegaram a ser praticados pelo agente" (STF - HC 69.342-3 - Rel. Min. Marco Aurélio – DJU 21.08.1992, p. 12.784).

Destarte, inexistindo motivação idônea para justificar a aplicação do menor coeficiente redutor, aplico a redução no máximo legal de 2/3.

Esse é também o entendimento de outras Cortes Estaduais:

> PENAL. ART. 155, *CAPUT*, C/C O ART. 14, INC. II, AMBOS DO DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE – AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL E DOS MOTIVOS DO CRIME – POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO REDUTOR DA TENTATIVA NO GRAU MÁXIMO – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA – VIABILIDADE. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.
> Se inexistem subsídios suficientes nos autos para aferir a conduta social, que se refere ao conjunto de comportamento do réu nos âmbitos social, profissional e familiar, bem como elementos que justifiquem o agravamento dos motivos do crime, a valoração desfavorável destas circunstâncias judiciais deve ser afastada, reduzindo-se a pena base.
> A ausência de fundamentação idônea na aplicação do redutor da tentativa em 1/3 impõe a reforma da sentença para que a pena seja reduzida na fração máxima permitida em Lei. Processo: 2010041007757-3; APR-0007641-12.2010.807.0004 (Res.65-CNJ)DF. Registro do Acórdão Número : 521904; Data de Julgamento : 09/06/2011; Órgão Julgador : 1ª Turma Criminal; Relator: ROMÃO C. OLIVEIRA; Disponibilização no DJ-e: 29/07/2011 Pág. : 202.(Grifei)
>
> "EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTO QUALIFICADO - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECOTE DO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO - IMPROCEDÊNCIA - PENA-BASE - REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL - POSSIBILIDADE - MÁXIMA REDUÇÃO PELA TENTATIVA - NECESSIDADE - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO MAGISTRADO PARA ESTIPULAÇÃO DO *QUANTUM* - PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DO ESTADO DECRETADA 'DE OFÍCIO' - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Se o objetivo da ação delituosa foi o furto de objetos que se encontravam no interior do veículo e não do veículo em si, considera-se este como obstáculo exterior àquele. O rompimento de barreira externa ao objeto do furto caracteriza a circunstância qualificadora, prescrita no artigo 155, inciso I, do CP. - Impõe-se a diminuição da pena-base ao mínimo legal cominado, porquanto fixada através da análise equivocada, que resultou na

> desfavorabilidade das circunstâncias judiciais. - Se inexiste fundamentação para o arbitramento da fração da causa geral de diminuição de pena da tentativa na decisão combatida, necessária a redução da pena no *quantum* máximo disposto na lei. - Tendo a sentença transitada livremente em julgado para a acusação, observado o disposto no art. 110, § 1º e art. 109, VI e verificado que, em razão da pena aplicada em concreto, o lapso prescricional em relação ao crime praticado pelo apelado já foi alcançado, a declaração da extinção da punibilidade do acusado se impõe." (TJMG - Ap. nº: 1.0024.06.092662-3/001 - Numeração Única: 0926623-60.2006.8.13.0024 - Rel. Des. FERNANDO STARLING - Data do Julgamento: 16/09/2009 - Data da Publicação: 21/10/2009) - (Grifei).

Diante destas considerações, redimensiono a pena base para 04 (quatro) anos de reclusão. Apesar de reconhecida a atenuante pelo juízo *a quo*, deixo de aplicá-la em obediência a Súmula nº 231 do STJ, *in verbis:* "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal."

Em relação à tentativa, levando em consideração a ausência de motivação pela magistrada, necessária se faz a imposição do redutor em grau máximo, (2/3), passando a reprimenda imposta ao indigitado para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva, à míngua de circunstâncias outras que elevem ou reduzam o *quantum* aplicado, a ser cumprida em regime aberto, em consonância com o art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

Por derradeiro, é pacífico o entendimento de que a fixação da pena de multa deve ser feita em duas fases. Assim, segundo a doutrina e jurisprudência, o juiz, na primeira fase, levará em conta para fixar entre 10 a 360 dias multa, as circunstâncias judiciais, pois o artigo 59 do Código Penal, assim o determina, e, em seguida, a situação econômica do réu, para determinar o valor de cada dia multa. (Precedente do STJ).

Seguindo este entendimento, *ex officio,* entendo ser razoável a redução da pena de multa também para o mínimo legal, qual seja, 10 (dez) dias multa, à razão do 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Ante o exposto, conheço por tempestivo o apelo e defiro provimento para reformar a sentença no tocante à dosimetria, mantendo-se os seus demais termos, em dissonância com parecer da douta Procuradoria Geral da Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2012.

PROCESSO Nº: 10320-97.2005.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL – 6ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: CRISTIANO INÁCIO DA CONCEIÇÃO MERENCIO
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.
2. Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.
3. Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra forte amparo nas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 01 de agosto de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por Cristiano Inácio da Conceição Merencio, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento

pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal) condenando-o a uma pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 202/206) que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, vez que o réu teria agido sob o manto da legítima defesa putativa.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 207/211).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 219/225).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por Cristiano Inácio da Conceição Merencio, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação por homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal) condenando-o a uma pena de 13 (treze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Aduz o apelante (fls. 202/206) que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, vez que o réu teria agido sob o manto da legítima defesa putativa.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: (...) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA.
> I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c" da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie.
> II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371[1], **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010).

> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. [2]HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL.
> 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE).
> 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Analisando-se, acuradamente, os autos, constata-se que a versão acolhida pelos jurados, qual seja, a de que o réu praticou o delito de homicídio qualificado, apresenta-se verossimilhante, possível, com vasto apoio no acervo probatório.

O auto de exame de corpo de delito cadavérico, às fls. 16/17, comprova a materialidade do crime.

Ademais, os depoimentos testemunhais e o próprio interrogatório do acusado apontam para a ocorrência do delito de homicídio, tendo o réu como seu autor. Vejamos:

A testemunha Genésia Gomes da Silva afirmou em seu depoimento de fls. 09:

> (…) afirma a depoente, ser proprietária de um bar situado na Rua Francisco Glicério, nº 510; Que, no dia 29/09 do ano em curso, se encontrava trabalhando em seu bar, onde haviam várias pessoas bebericando, dentre elas, as únicas pessoas conhecidas eram a CREUZA e sua filha conhecida por BILEU; Que, na mesma mesa que a CREUZA estava bebendo, cachaça, estavam seis homens, entre eles, a vítima; Que, dado momento, a CREUZA

> saiu da mesa e a vítima saiu também, ocasião em que a mesma agrediu e lesionou a CREUZA com um soco, em seguida, aquele homem saiu correndo e várias pessoas correndo em perseguição ao mesmo e a CREUZA permaneceu no local por algum tempo (…).

O réu, em seu interrogatório (fls. 54/55) esclareceu:

> (…) Que o interrogando saiu de casa para averiguar se realmente a sua sogra havia sido agredida e ao chegar no bar aonde a mesma se encontrava, realmente a sua sogra tinha sido agredida pelo Cristiano; Que a sogra do interrogando estava sangrando pelo nariz e foi levada para o hospital; **Que o interrogando retornou para casa, armou-se com uma faca,** para se defender, pois temia que Cristiano viesse lhe procurar; Que encontrou o CRISTIANO em uma rua do bairro da Maraponga discutindo com alguns pessoas e viu quando vários populares se revoltaram contra o mesmo, por ele ter agredido a sogra do interrogando; **Que Cristiano foi bastante surrado pelos populares; Informa o interrogando que Marquinhos andava com o Cristiano e ele era quem estava com o revólver da vítima;** Que o interrogando entrou em um terreno baldio e mais na frente se encontrou com o Cristiano e com o Marquinhos **e nesse momento Marquinhos pediu para que o interrogando nada fizesse com o Cristiano, pois ele já havia sido bastante surrado; Que nesse momento o interrogando não deu atenção ao que Marquinhos havia falado** e também temendo que o Cristiano fosse lhe matar depois, **sacou sua faca e investiu contra o Cristiano; Que mesmo ferido Cristiano saiu correndo, tendo o interrogando ido atrás do mesmo, porém desistiu de persegui-lo** e foi embora para sua casa; (…) que só **matou Cristiano porque tinha sido ameaçado pelo mesmo e também por ele ter agredido sua sogra** (...). Grifei.

Por ocasião do interrogatório de fls. 62/63, o réu formula uma versão totalmente diferente dos fatos:

> (…) Que conhecia a vítima há pouco tempo, porém não tinha inimizade com a mesma; Que no dia do fato narrado nestes autos, por volta das 18:00 horas a vítima ameaçara o acusado sem qualquer motivo; Que horas depois a vítima agrediu a sogra do interrogando em um bar denominado Bar da Genésia; (…) Que como já havia sido ameaçado pela vítima e mediante a agressão contra sua sogra, o interrogando resolveu ir a procura da mencionada vítima para conversar, ou seja, pedir explicações; **Que saiu de casa armado de faca**; Que quando o interrogando chegou na Rua Francisco Glicério encontrou a vítima discutindo com outras pessoas; Que quando a vítima avistou o interrogando apoderou-se de um pedaço de pau, uma estaca da cerca onde a vítima se encontrava encostada e partiu pra cima do interrogando; Que nesta oportunidade o interrogando saca de sua faca para se defender e desfere duas facadas na vítima (…).

A testemunha Antonia Creuza Calixto, às fls. 91/93, disse:

> (…) que por ouvir dizer, o autor do crime é o seu genro, ora acusado; que

> tal aconteceu porque a vítima havia agredido a declarante, e o acusado não gostou, porém revidou; (…).

Portanto, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de que o réu praticou o delito de homicídio, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Assim sendo, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci [1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No mesmo sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

> **Ementa:** TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA.
> **I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito;**
> II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010). Grifei.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum apoio nas provas coligidas, o que não ocorre no caso em tela.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo incólume a decisão do Tribunal do Júri.

É como voto.

Fortaleza, 01 de agosto de 2011.

Apelação Crime nº. 1266-41.2005.8.06.0119/1
Apelante: Márcio Carvalho de Sousa
Apelado: Justiça Pública
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. INFRAÇÃO AO ART. 155, § 4º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO RELATIVA À DOSIMETRIA DA PENA. REJEIÇÃO. *QUANTUM* DA PENA APLICADA E REGIME DE CUMPRIMENTO ESTABELECIDOS NOS MOLDES LEGAIS. NEGATIVA DE AUTORIA. ELEMENTOS DE PROVA QUE DÃO ESTEIO À DECISÃO CONDENATÓRIA. ATIPICIDADE DA CONDUTA DO RÉU PELA AUSÊNCIA DA INTENÇÃO DE FURTAR DECORRENTE DA EMBRIAGUEZ. INOCORRÊNCIA. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RÉU REINCIDENTE E COM VASTA FOLHA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. RETIRADA DA QUALIFICADORA DA ESCALADA. CIRCUNSTÂNCIA CARACTERIZADA NOS AUTOS. MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA IMPOSTA NA SENTENÇA. RECONHECIMENTO. DECLARAÇÃO DE EXTINÇÃO DA PENA E DA PUNIBILIDADE DO RECORRENTE.

1. O exame da dosimetria da pena levada a efeito pela Juíza *a quo* não corrobora as assertivas da defesa de nulidade da sentença por falta de fundamentação nesse tocante, porquanto, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, a Magistrada as reputou, em sua maioria, desfavoráveis ao réu, e, apesar de não tecer ponderações exaustivas a esse respeito, tal não se mostrava imprescindível na espécie, haja vista não apenas os péssimos antecedentes do acusado, cuja comprovação é patente nos autos, com notória personalidade voltada para a prática de ilícitos, tratando-se, inclusive, de reincidente, mas também as considerações declinadas pela Judicante no bojo da decisão guerreada atestando, no contexto da prova produzida, a culpabilidade do réu, além da discussão sobre outras circunstâncias em que o crime foi praticado. Preliminar de nulidade rejeitada

2. A escusa do recorrente alusiva à negativa de autoria, além de solitária em meio ao acervo probante coligido aos fólios, é contraditada por elementos de convicção bastantes para atribuir-

lhe a autoria do crime *sub oculi,* sobressaindo não apenas o seu reconhecimento por populares, conforme afirmam a vítima e a testemunha de acusação ouvidas em juízo, mas o estado flagrancial em que foi surpreendido, estando na posse dos bens furtados e tentando vendê-los, não havendo como prosperar a tese de falta de lastro probatório para a condenação.

3. Referente à arguição de atipicidade da conduta do réu, pela ausência de elemento subjetivo do tipo consistente na vontade de furtar, em função de estar sob o domínio do álcool e, provavelmente, de substância entorpecente, melhor sorte não assiste à defesa, porquanto a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal do agente, consoante preconiza o art. 28, do CP, e, na espécie, o réu afirmou textualmente em seu interrogatório que "tinha passado o dia inteiro ingerindo cachaça", sendo despiciendo, pois, maiores considerações sobre o tópico, apesar de ser encontradiça na prova a presença do *animus furandi* do incriminado.

4. O sentenciado possui extensa folha de antecedentes criminais assinalando a prática de diversas infrações penais, várias delas em face da mesma figura típica pela qual restou condenado, tratando-se, ademais, de reincidente, sendo inaplicável à hipótese o princípio da insignificância, em vista de sua flagrante personalidade voltada para o cometimento de ilícitos, revelando-se inidônea a incidência do postulado como estímulo ao descumprimento da norma penal, legitimando-se a criminalidade como meio de vida.

5. Segundo indica a prova carreada aos autos, o réu foi visto por populares justamente no momento em que pulava o muro da residência da vítima, tendo esta afirmado que, quando acendeu a luz da lateral da casa, o infrator evadiu-se pelo muro dos fundos do imóvel, que dá acesso a um depósito de construção. Referida conjuntura demonstra a maior reprovabilidade da conduta do agente, em razão da habilidade e do esforço incomuns por ele empregados para, superando o estado etílico no qual declarou encontrar-se, ultrapassar os obstáculos que se contrapunham ao êxito de sua pretensão criminosa, restando devidamente configurada *in casu* a circunstância qualificadora da escalada.

6. Recurso improvido. Diante do reconhecimento de que fora integralmente cumprida a pena aplicada, impõe-se declarar extintas a pena e a punibilidade do apelante. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 1266-41.2005.8.06.0119/1, de Maranguape, em que é apelante Márcio Carvalho de Sousa, e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, negar provimento ao recurso interposto, consonante com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça, declarando, porém, em face do reconhecimento de que fora integralmente cumprida a pena aplicada, extintas a pena e a punibilidade do apelante.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Crime interposta pela Defensoria Pública do Estado em favor de Márcio Carvalho de Sousa contra a decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Maranguape que, julgando procedente a exordial acusatória, condenou o denunciado pela prática do crime previsto no art. 155, § 4º, inciso II, do Código Penal brasileiro, cominando-lhe a pena definitiva de 4 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 10 (dez) dias-multa.

Assevera a defesa em suas razões, preliminarmente, a nulidade da sentença pela falta de fundamentação relativa ao *quantum* da pena aplicada, bem como ao regime inicial de seu cumprimento. No mérito, sustenta os seguintes argumentos: a) negativa de autoria, não havendo lastro probatório para a condenação; b) atipicidade da conduta, pela ausência de elemento subjetivo do tipo referente à vontade de furtar, visto que o apelante estava sob o domínio do álcool e, provavelmente, de substância entorpecente; c) incidência do princípio da insignificância pelo pequeno valor da *res furtiva*; e d) retirada da qualificadora da escalada, por não haver fundamentação fática para caracterizá-la, já que as portas da casa da vítima estavam abertas, sem maiores dificuldades para qualquer pessoa adentrar na propriedade. Requer, em sede de preliminar, seja reconhecida a nulidade da sentença vergastada, por faltar-lhe fundamentação quanto à pena imposta e ao respectivo regime de cumprimento, e, meritoriamente, seja absolvido o recorrente acolhendo-se uma das teses defensivas, ou, em não o sendo, seja condenado pelo tipo penal do art. 155, *caput*, do CP, afastando-se a qualificadora da escalada (fls. 108/120).

Contrarrazoando o recurso, o representante do Ministério Público refuta as alegações deduzidas, pugnando pelo improvimento do recurso, mantendo-se a decisão recorrida em sua inteireza (fls. 122/124)

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer no sentido de ser negado provimento ao apelo (fls. 133/136).

Por ocasião do primeiro mutirão carcerário promovido pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2009, após vista dos autos pela Defensoria Pública do Estado bem como pela Procuradoria Geral de Justiça, foi reconhecido pela Relatora antecedente, por meio da decisão de fls. 181/182, o excesso de prazo na prisão provisória do apelante, concluindo que este cumprira toda a pena que lhe fora aplicada na sentença, sendo, em decorrência, determinada sua soltura.

É o relatório.

VOTO

Ab initio, sem embargo do reconhecimento de que o recorrente cumpriu a pena que lhe foi imposta na sentença combatida, cumpre registrar a lição de Heráclito Antônio Mossin acerca do preceito insculpido no art. 673, do Código de Processo Penal, [1] lecionando o mencionado jurista que:

> "O acusado condenado em primeiro grau de jurisdição, tendo apelado para tribunal de segundo grau e não tendo seu recurso julgado até o momento em que ele cumpriu efetivamente a sanção penal imposta, deve ser colocado em liberdade imediatamente. Trata-se, *in casu*, da demora de julgamento de seu inconformismo. **Sua colocação em liberdade não se constitui em prejudicial do recurso interposto, que deverá ser julgado no mérito, dando-lhe ou negando-lhe provimento**."[2] (Grifo nosso).

Assim sendo, presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso intentado, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta instância recursal.

Da Preliminar

Argui o apelante, preliminarmente, a nulidade da sentença fustigada pela falta de fundamentação relativa ao *quantum* da pena aplicada, bem como ao seu regime de cumprimento.

O exame da dosimetria da pena levada a efeito pela Juíza *a quo*, todavia, não corrobora as assertivas da defesa, porquanto, ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, a Magistrada as reputou, em sua maioria, desfavoráveis ao réu, e, apesar de não tecer ponderações exaustivas a esse respeito, tal não se mostrava imprescindível na espécie, haja vista não apenas os péssimos antecedentes do acusado, cuja comprovação é patente nos autos, com notória personalidade voltada para a prática de ilícitos, tratando-se, inclusive, de reincidente, mas também as considerações declinadas pela Judicante no bojo da decisão guerreada atestando, no contexto da prova produzida, a culpabilidade do réu, além da discussão sobre outras circunstâncias em que o crime foi praticado.

---

1 Art. 673 – do CPP. Verificado que o réu, pendente a apelação por ele interposta, já sofreu prisão por tempo igual ao da pena a que foi condenado, o relator do feito mandará pô-lo imediatamente em liberdade, **sem prejuízo do julgamento do recurso**, salvo se, no caso de crime a que a lei comine pena de reclusão, no máximo, por tempo igual ou superior a 8 anos, o querelante ou o Ministério Público também houver apelado da sentença condenatória (**Grifo nosso**).

2 MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao Código de Processo Penal à luz da doutrina e da jurisprudência.** 2. ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1608.

Destaque-se, outrossim, que, a despeito disso, a pena-base foi arbitrada próximo ao mínimo legal previsto para o tipo infringido – 3 (três) anos,[3] sendo idoneamente exacerbada em 1 (um) ano em consequência do reconhecimento da agravante obrigatória da reincidência, devidamente comprovada através da certidão de fl. 92.

O regime de cumprimento de pena fixado, por sua vez – inicialmente fechado –, mostra-se consonante com a avaliação dos critérios do art. 59, do CP, e com a condição de reincidente do incriminado, *ex vi* do art. 33, §§ 2º e 3º, do mesmo Códex, não sendo outra a orientação jurisprudencial sobre o tema:

> **STJ** – *HABEAS CORPUS*. **CRIME DE FURTO QUALIFICADO TENTADO**. DESCARACTERIZAÇÃO DO USO DE CHAVE FALSA. LAUDO PERICIAL QUE CONSTATOU USO DO INSTRUMENTO. INCIDÊNCIA DO ART. 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PROVA IDÔNEA CAPAZ DE SUPRIR A FALTA DE APREENSÃO. LAUDO PERICIAL CONCLUSIVO. **PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE PARA EXASPERAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL**. **REGIME PRISIONAL**. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA N.º 269 DESTA CORTE. **PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA.** *WRIT* DENEGADO. 1. **Não há ilegalidade no aumento da pena-base se as circunstâncias judiciais são consideradas desfavoravelmente quanto aos antecedentes criminais, e também em razão das circunstâncias concretas referentes ao fato,** em especial o modo com que o Paciente reagiu ao ser flagrado na conduta, danificando, com faca, o volante e o estofamento de automóvel. 2. Ainda que não apreendida a chave falsa, havendo outros elementos probatórios capazes de comprovar o uso do artefato, não há que se afastar a qualificadora, à luz da melhor interpretação do art. 167 do Código de Processo Penal. No caso dos autos, ao contrário do que afirmado na inicial, o laudo pericial afirma, categoricamente, que foi utilizada chave falsa ou similar para adentrar no veículo, razão pela qual é despicienda a apreensão do objeto no caso. 3. **Correta a fixação do regime inicial fechado de cumprimento de pena ao réu reincidente, que teve a pena-base fundamentadamente fixada acima do mínimo legal, ainda que condenado a pena inferior a quatro anos, dada a interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.** 4. *Habeas corpus* denegado. (Grifos nossos). (HC 181036/SP – Quinta Turma, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 21/06/2012, Publicação: DJe 28/06/2012).

3 Art. 155 – do CP. Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: [...]
Furto qualificado

§ 4º - A pena é de reclusão de **dois a oito anos**, e multa, se o crime é cometido (**grifo nosso**): [...]
II - com abuso de confiança, ou mediante fraude, escalada ou destreza;

Por tais esteios, rejeito a preliminar aventada.

Do Mérito

Segundo constou na peça de denúncia, no dia 03/05/2005, por volta das 23:00 h, policiais militares que se encontravam de serviço foram informados pela pessoa de Ranyeri Tadeu Bernardo da Silva de que a casa do genitor deste estava sendo furtada, tendo os milicianos se dirigido para o local, sito na Rua Alameda dos Garçons, nº 51, Bairro Parque Iracema, Município de Maranguape. Lá chegando, e constatando que o infrator não estava no sítio do crime, os policiais deram início às buscas, logrando avistar o acusado, conhecido vulgarmente como "Gato Doido", na Praça do Conjunto Santos Dumont tentando vender um guarda-chuvas e um crucifixo de madeira, objetos reconhecidos como pertencentes à vítima que acompanhava as diligências, sendo-lhe dada voz de prisão.

A vítima, corroborando suas declarações na fase inquisitiva (fl. 04), narrou em juízo o que segue, *in litteris*:

> "QUE reconhece o acusado aqui presente como sendo a pessoa que no mês de maio por volta das 22 horas, penetrou em sua residência pulando o muro da frente e de lá subtraiu um guarda-chuva e um crucifixo de madeira que estavam na lateral da casa; Que o acusado não chegou a adentrar nos compartimentos internos da casa; Que por ocasião do furto, o declarante estava assistindo televisão na sala quando foi alertado por populares de que a sua casa estava sendo invadida; Que quando o declarante acendeu a luz lateral da casa, o acusado evadiu-se pelo muro dos fundos que dá acesso a um depósito de construção; [...] o acusado que já havia evadido-se foi localizado no Conj. Santos Dumont tentando vender os objetos furtados; [...] Que o local do muro onde o acusado pulou é sombreado por um pé de acácias, mas como o acusado é conhecido foi reconhecido por suas características físicas; Que na calçada em frente a sua casa tem um poste com iluminação e a lâmpada estava acesa; [...]" (Fls. 56, 56-verso).

Francisco Arnaldo Queiros Araújo, testemunha de acusação e um dos policiais militares que, na noite do ocorrido, prenderam em flagrante o acusado, conduzindo-o até a delegacia local, depôs em juízo que, *verbis*:

> "[...] Que populares que se aglomeravam na calçada informaram que "GATO DOIDO" já havia pulado o muro em direção ao bairro Santos Dumont; Que ato contínuo deslocaram-se até o referido bairro e depararam-se com o acusado aqui presente tentando vender um guarda-chuva preto bem grande e uma imagem; Que deram voz de prisão e conduziram o acusado juntamente com os objetos, [...] Que o acusado já é bastante conhecido da polícia pela prática de furtos, assaltos, uso de drogas etc. [...] Que o local do muro onde o acusado pulou não é escuro tendo condições de identificar qualquer pessoa; [...] Que quando da abordagem do acusado

> tentando vender os objetos, a vítima de pronto reconheceu serem os objetos furtados de sua residência; [...]" (Fls. 58, 58-verso).

Não foram relacionadas testemunhas de defesa.

Interrogado perante as autoridades policial e judicial, o recorrente negou a autoria delitiva, aduzindo que, no momento de sua prisão, estava embriagado não se recordando de nada acerca do ocorrido.

A escusa do recorrente, contudo, além de solitária em meio ao acervo probante coligido aos fólios, é contraditada por elementos de convicção bastantes para atribuir-lhe a autoria do crime *sub oculi,* sobressaindo não apenas o seu reconhecimento por populares, conforme afirmam a vítima e a testemunha de acusação ouvidas em juízo, mas o estado flagrancial em que foi surpreendido, estando na posse dos bens furtados e tentando vendê-los, não havendo como prosperar a tese de falta de lastro probatório para a condenação.

Referente à arguição de atipicidade da conduta, pela ausência de elemento subjetivo do tipo consistente na vontade de furtar, em função de o apelante estar sob o domínio do álcool e, provavelmente, de substância entorpecente, melhor sorte não assiste à defesa, porquanto a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substância de efeitos análogos não exclui a imputabilidade penal do agente, consoante preconiza o art. 28, do CP, e, na espécie, o réu afirmou textualmente em seu interrogatório que "tinha passado o dia inteiro ingerindo cachaça", sendo despiciendo, pois, maiores considerações sobre o tópico, apesar de ser encontradiça na prova a presença do *animus furandi* do incriminado.

Prossegue a defesa alegando incidir na hipótese o princípio da insignificância em razão do pequeno valor da *res furtiva*.

Não obstante inexista previsão legal expressa estabelecendo os contornos fáticos que conduziriam à aplicação do princípio da insignificância, a jurisprudência do Excelso Pretório, de forma reiterada, tem-se orientado no sentido da necessidade de estarem presentes os seguintes vetores para que o fato discutido se mostre irrelevante para o Direito Penal: a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A presença de tais elementos afastaria o caráter material do tipo penal, ou seja, tratar-se-ia na hipótese de fatos atípicos, indiferentes para justificar a intervenção do Estado-Juiz sob a ótica criminal. São os chamados fatos de bagatela, caracterizados pela ínfima lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Remanesce ainda um outro aspecto a ser investigado defronte as circunstâncias do caso sob análise no intuito de verificar a possível incidência do princípio da insignificância: se a personalidade do agente é voltada para a prática de ilícitos, apresentando, com certa constância, comportamento avesso às normas penais.

Nessas situações, em que pese o irrisório valor econômico do objeto do

crime, a conduta desvirtuada e reprovável do infrator obstaria o reconhecimento do crime de bagatela, sob pena de, em caso contrário, estimular-se o descumprimento da norma penal por meio da prática reiterada de delitos de pequeno valor, legitimando-se a criminalidade como meio de vida.

No caso dos autos, conforme já certificado alhures, o sentenciado possui extensa folha de antecedentes criminais dando conta da prática de diversas infrações penais, várias delas em face da mesma figura típica pela qual restou condenado, tratando-se, ademais, de reincidente, sendo inaplicável à hipótese o princípio da insignificância, em vista de sua flagrante personalidade voltada para o cometimento de ilícitos.

A jurisprudência das Cortes Superiores, inclusive deste Sodalício, é uníssona nessa orientação, a saber:

> **STF –** *HABEAS CORPUS*. CONSTITUCIONAL. PENAL. FURTO E TENTATIVA DE FURTO. **ALEGAÇÃO DE INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA: INVIABILIDADE. NOTÍCIA DA PRÁTICA DE VÁRIOS OUTROS DELITOS PELO PACIENTE.** *HABEAS CORPUS* DENEGADO. 1. A tipicidade penal não pode ser percebida como o trivial exercício de adequação do fato concreto à norma abstrata. Além da correspondência formal, para a configuração da tipicidade, é necessária uma análise materialmente valorativa das circunstâncias do caso concreto, no sentido de se verificar a ocorrência de alguma lesão grave, contundente e penalmente relevante do bem jurídico tutelado. 2. Para a incidência do princípio da insignificância, devem ser relevados o valor do objeto do crime e os aspectos objetivos do fato - tais como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica causada. 3. **O grande número de anotações criminais na folha de antecedentes do Paciente e a notícia de que ele teria praticado novos furtos, após ter-lhe sido concedida liberdade provisória nos autos da imputação ora analisados, evidenciam comportamento reprovável**. 4. **O criminoso contumaz, mesmo que pratique crimes de pequena monta, não pode ser tratado pelo sistema penal como se tivesse praticado condutas irrelevantes, pois crimes considerados ínfimos, quando analisados isoladamente, mas relevantes quando em conjunto, seriam transformados pelo infrator em verdadeiro meio de vida.** 5. **O princípio da insignificância não pode ser acolhido para resguardar e legitimar constantes condutas desvirtuadas, mas para impedir que desvios de conduta ínfimos, isolados, sejam sancionados pelo direito penal, fazendo-se justiça no caso concreto. Comportamentos contrários à lei penal, mesmo que insignificantes, quando constantes, devido a sua reprovabilidade, perdem a característica da bagatela e devem se submeter ao direito penal.** 6. Ordem denegada. (**Grifos nossos**). (HC 102088/RS – Primeira Turma, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 06/04/2010, Publicação: DJe 21/05/2010).

> **TJCE –** PENAL E PROCESSO PENAL. FURTO QUALIFICADO.

> VALOR PEQUENO DA COISA SUBTRAÍDA. **PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. AFASTADO EM FACE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS DO RÉU, BEM COMO DE SUA CONDUTA.** CONDENAÇÃO MANTIDA. 1. **Obstada resta a pretensão de afastamento da pena pelo furto de bagatela, quando as condições pessoais do réu e as circunstância do crime não lhe são favoráveis.** 2. Não há se confundir pequeno valor, com valor ínfimo da coisa subtraída, capaz de excluir o crime diante da ausência de ofensa ao bem jurídico tutelado.3. Recurso conhecido, mas desprovido. (Grifos nossos). (ApCrim nº.8733-24.2005.8.06.0167/1 - 1ª Câmara Criminal, Relator: Des. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO, Data de Registro 10/09/2010).

Por fim, sustenta a defesa que deve ser retirada a qualificadora da escalada, por não haver fundamentação fática para caracterizá-la, já que as portas da casa da vítima estavam abertas, sem maiores dificuldades para qualquer pessoa adentrar na propriedade.

Segundo indica a prova carreada aos autos, o réu/apelante foi visto por populares justamente no momento em que pulava o muro da residência da vítima, tendo esta afirmado que, quando acendeu a luz da lateral da casa, o infrator evadiu-se pelo muro dos fundos do imóvel, que dá acesso a um depósito de construção. Referida conjuntura demonstra a maior reprovabilidade da conduta do agente, em razão da habilidade e do esforço incomuns por ele empregados para, superando o estado etílico no qual declarou encontrar-se, ultrapassar os obstáculos que se contrapunham ao êxito de sua pretensão criminosa, restando devidamente configurada *in casu* a circunstância qualificadora da escalada, na linha do que orienta a jurisprudência pátria, a saber:

> **TJRS –** APELAÇÃO-CRIME. **FURTO QUALIFICADO. ESCALADA.** 1. AUTORIA E MATERIALIDADE A apreensão da *res furtiva* em poder do acusado, sem que apresentasse justificativa plausível para tanto, aliada às demais circunstâncias do fato, é suficiente para demonstrar a autoria do fato. 2. **ESCALADA Comprovado que o réu despendeu esforço incomum para a perpetração do delito, cabível o reconhecimento da qualificadora da escalada.** 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. MULTA. Diante das parcas condições financeiras do réu, mostra-se mais adequada a fixação de multa ao revés de prestação pecuniária, quando a hipótese comporta a substituição prevista no art. 44 do CP. 4. PENA PECUNIÁRIA. NÚMERO DE DIAS-MULTA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. A fixação do número de dias-multa deve guardar simetria com o exame das circunstâncias judiciais. APELO PARCIALMENTE PROVIDO (Grifos nossos). (Apelação Crime Nº 70045733557, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 18/04/2012)

> **STJ –** CRIMINAL. RESP. **FURTO QUALIFICADO. QUALIFICADORA DA ESCALADA. TRANSPOSIÇÃO DE MURO DE 1,80 M. CARACTERIZAÇÃO. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO.**

> CONCURSO DE PESSOAS. APLICAÇÃO AO FURTO QUALIFICADO PELA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I - **A escalada pressupõe a entrada em um local por um meio anormal, exigindo do agente esforço físico incomum, como saltar um muro de 1,80 m de altura, conforme ocorrido *in casu*.** II - **A qualificadora da escalada incide contra aquele que não se intimida diante de um obstáculo, demonstrando uma tendência maior do agente em delinqüir.** III – [*Omissis*]. IV - [*Omissis*]. V - [*Omissis*]. VI. Recurso Especial conhecido e provido, nos termos do voto do Relator. (Grifos nossos). (REsp 680743/RS – Quinta Turma, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento: 02/12/2004, Publicação: DJe 09/02/2005).

> **STJ –** AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. **FURTO QUALIFICADO PRIVILEGIADO.** PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONDUTA PENALMENTE RELEVANTE. **CRIME PRATICADO MEDIANTE ESCALADA. *RES FURTIVA*,** CUJO VALOR NÃO PODE SER CONSIDERADO ÍNFIMO. 1. Para a incidência do princípio da insignificância, são necessários "(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada" (HC 84.412/SP, Ministro Celso de Mello, Supremo Tribunal Federal, DJ de 19/11/2004). 2. No caso, a conduta perpetrada pelo recorrente não pode ser considerada irrelevante para o Direito Penal. Sua atitude revela lesividade suficiente para justificar uma ação penal, havendo que se reconhecer a ofensividade do seu comportamento, até porque, segundo consta da denúncia, tentou furtar um forno microondas avaliado em R$ 200,00 (duzentos reais), valor que beira a meio salário-mínimo e que, portanto, não pode ser considerado ínfimo. 3. **Ademais, a conduta de entrar em uma residência, mediante escalada – muro de aproximadamente 2 metros de altura – também não pode ser ignorada sob pena de se destoar por completo das hipóteses em que esta Corte vem aplicando o princípio ora invocado.** 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (Grifos nossos). (AgRg no REsp 1197775/MG – Quinta Turma, Relator: Ministro OG FERNANDES, Julgamento: 21/10/2010, Publicação: DJe 16/11/2010).

Forte nessas considerações, rejeito a preliminar alegada, e, no mérito, nego provimento ao recurso interposto, confirmando a sentença condenatória em todos os seus termos, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Entretanto, diante do reconhecimento de que fora integralmente cumprida a pena aplicada, impõe-se, neste azo, declarar extintas a pena e a punibilidade do réu/apelante, o que ora se faz.

É como voto.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012.

1ROCESSO Nº 0001347-28.2010.8.06.0179
APELAÇÃO CRIME – VARA ÚNICA DA COMARCA DE URUOCA
APELANTE: ERNESTO MOREIRA DE SOUSA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO – RECURSO DA DEFESA – ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE DE PROVAS – SUBSIDIARIAMENTE A DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO E REDUÇÃO DA PENA – IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DOS PLEITOS – SENTENÇA CONDENATÓRIA – EXCLUSÃO, *EX OFFICIO*, DA PENA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE .

1. O conjunto probatório contido nos autos respalda a condenação do acusado, pois, devidamente provadas a autoria e a materialidade.
2. Elementos suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, inviabilizando o pleito absolutório.
3. O delito previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de ação múltipla, bastando para sua tipificação que o agente pratique uma das condutas ali descritas, quais sejam, expor à venda, trazer consigo, guardar, ter em depósito, entre outras.
4. O delito de posse de munição é crime de perigo abstrato e mera conduta, o qual independe, para sua caracterização, da ocorrência de qualquer dano, eis que o legislador pretendeu proteger a vida, a integridade e a saúde da coletividade.
5. Recurso conhecido e improvido.
6. De ofício, altera-se a pena aplicada na sentença *a quo*, afastando-se a imposição da pena de prestação de serviços à comunidade, aplicada cumulativamente com a privativa de liberdade, posto que as penas restritivas de direitos são substitutivas.

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 para negar-lhe provimento e excluir, *ex officio*, a pena de prestação de serviços à comunidade**,** nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

RELATÓRIO

ERNESTO MOREIRA DE SOUSA**,** qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público, como incurso nas sanções dos arts. 33, da Lei 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) e art.12, da Lei Nº 10.826/2003 (posse de munição) , fato ocorrido no dia 05 de maio de 2011, na comarca de Uruoca.

O recorrente foi condenado à pena de dois (02) anos e dois (02) meses de detenção, a ser cumprida inicialmente sob o regime semi aberto e ao pagamento de um mil e cinquenta (1050) dias-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal, bem como prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três (03) meses.

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs o recurso em exame, com razões às fls. 181/185, visando à reforma da decisão.

Contrarrazões apresentadas pelo Promotor Público às folhas 190/194, defendendo a sentença e pugnando por sua manutenção, posição essa endossada pela Procuradoria Geral de Justiça, que oficia pelo conhecimento e desprovimento do recurso no seu parecer de folhas 204/212.

O feito foi distribuído para este Gabinete em 15/03/12, conforme dados do sistema SAJ - Digital, 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.

No mérito, após exame minucioso dos autos, tem-se que a condenação deve ser mantida, posto que fiel às provas colhidas na instrução.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante Delito (fls.09/10), Recibo de Entrega do Preso (fls. 13), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 20), Nota de Culpa (fls. 26) e Laudo Provisório de Constatação de Substância Entorpecente (fls. 29), além da prova oral colhida nos autos. A autoria delitiva é certa e induvidosa, exsurgindo firme nos elementos de convicção constantes dos autos.

A sentença do juízo *a quo* condenou o apelante ERNESTO MOREIRA DE SOUSA à pena de dois (02) anos e dois (02) meses de detenção, a ser cumprida inicialmente sob o regime semi aberto e ao pagamento de um mil e cinquenta (1050) dias-multa, sendo o dia multa arbitrado no mínimo legal, bem como prestação de serviços à comunidade pelo prazo de três (03) meses.

Narra a exordial acusatória que no dia cinco de maio de 2011, uma equipe de policiais civis, lotados na Delegacia de Sobral, atendendo a uma denúncia anônima,

dirigiram-se até ao distrito de Campanário, município de Uruoca, para averiguar a ocorrência de tráfico de substâncias entorpecentes naquela localidade.

A acusação é no sentido de que, no dia e local indicados na denúncia, por ocasião de busca na residência do apelante, verificou-se que este guardava e trazia consigo, para fins de entrega ao consumo de terceiros, 05 (cinco) pedras de crack, e expressiva quantidade de munição, bem como determinada quantia em espécie, além de isqueiros, gilete e outros objetos utilizados para o consumo de droga.

O apelante confessou ser usuário de substâncias entorpecentes, confirmando ainda que sua residência é utilizada para que outros viciados consumam drogas. Relatou, também, que responde a outros processos, bem como que já é possuidor de sentença condenatória.

Como se pôde verificar, não há que se questionar a autoria, que ficou devidamente comprovada, levando-se em conta as provas colhidas, que foi totalmente corroborada pela prova testemunhal acusatória, plenamente coerente e harmônica. Ademais, consta nos autos que o recorrente é detentor de ficha criminal maculada, possuindo três condenações penais com trânsito em julgado.

Com relação aos depoimentos dos policiais, foram uniformes e incontroversos ao descreverem os fatos conforme a denúncia. Além disso, não se vislumbrou nenhum motivo para incriminarem falsamente o recorrente.

Com efeito, a valoração do depoimento de policiais obedece aos mesmos princípios aplicados ao restante das pessoas, pois seria um absurdo considerar-lhe a condição funcional como fator de inidoneidade.

Assim:

> "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação policial, age facciosamente, ou quando se demonstrar tal como ocorre com as demais testemunhas que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos" (HC 74.608- 0/SP; Relator Ministro Celso de Mello, J. 18.02.1997).

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, nas penas de seu preceito secundário.

Irresignada com o resultado da sentença condenatória, apelou a defesa, pleiteando a absolvição do acusado por fragilidade de provas e subsidiariamente a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 ou, ainda, a redução

da pena.

O pleito recursal quanto a fragilidade de provas não merece acolhimento. Os elementos de convicção trazidos aos autos consistentes na prisão em flagrante do recorrente, após a apreensão de substância entorpecente em seu poder; além dos depoimentos extrajudiciais e em juízo dos agentes de polícia, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo mesmo se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, inviabilizando o pleito absolutório postulado.

Verifica-se que ficou comprovado que o acusado realmente guardava consigo munição, posto que foi encontrado o seguinte material pendurado na porta da cozinha de sua residência: cinco cartuchos de revólver calibre 38, com quatro cartuchos deflagrados; um cartucho intacto de revólver calibre 32; um cartucho deflagrado de pistola 9mm e um cartucho intacto de revólver calibre 22. A conduta do mesmo se afigurou típica, logo impõe-se sua condenação também pelo crime previsto no art. 12, *caput*, da Lei 10.826/2003.

Destarte, tendo em vista o conjunto probatório seguro, conclui-se que a droga destinava-se ao tráfico, sendo de rigor a condenação eis que provado o dolo genérico de traficar.

O pleito defensivo relativo a desclassificação para uso, igualmente não merece prosperar. Inadmissível o pedido de desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei Federal 11.343/2006, quando as circunstâncias da apreensão e a forma de acondicionamento da droga apreendida, conduzem à destinação mercantil da substância entorpecente.

Finalmente quanto ao pleito de diminuição da pena arbitrada, também não merece acolhimento. Se a pena foi imposta em consonância com a análise das circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal, sem razão o pedido de redução. Ademais, trata-se de recorrente possuidor de maus antecedentes criminais, inclusive reincidente na prática delitiva.

Contudo, calha proceder alteração, de ofício, apenas quanto a imposição de cumprimento da pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três (03) meses, por verificar que foi inadequadamente arbitrada.

A cumulação de pena restritiva de direitos com pena privativa de liberdade, viola a autonomia que caracteriza cada espécie de sanção. A pena de prestação de serviços à comunidade, prevista no art. 43, IV, do Código Penal é uma espécie de pena restritiva de direitos, e como tal, é autônoma e substitui a privativa de liberdade.

As penas restritivas de direitos são substitutivas, portanto a prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de três (03) meses deverá ser afastada, eis que douto julgador equivocadamente aplicou cumulativamente com a privativa de liberdade.

Nesse ponto, se faz oportuna a transcrição de ementas atuais de acórdãos do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios sobre o tema:

EMENTA**:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. INOCORRÊNCIA. DECRETO Nº 7.473/11. *ABOLITIO CRIMINIS*. ABSOLVIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

O Decreto nº 7.473/2011 não descriminalizou o crime de posse munição de arma de fogo de uso permitido. Portanto, mantém-se a condenação nas penas do crime tipificado no artigo 12 da Lei nº 10.826/2003, quando a conduta delitiva é praticada depois de 31/12/2009, data de término da *abolitio criminis temporalis* determinada pela Lei nº 11.922/2009. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, em razão da natureza e quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas (art. 42 da Lei nº 11.343/2006) e por não estarem preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos contidos no art. 44, do CP. Apelação desprovida. (Acórdão n. 581382, 20110110930502APR, Relator SOUZA E AVILA, 2ª Turma Criminal, julgado em 19/04/2012, DJ 25/04/2012 p. 146)

EMENTA**:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APREENSÃO DE 96 PORÇÕES DE CRACK, TOTALIZANDO 23,16G DE MASSA LÍQUIDA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO POSTULANDO A ABSOLVIÇÃO/DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA USO PRÓPRIO. INVIABILIDADE. COMPROVAÇÃO DE QUE A DROGA APREENDIDA ERA DESTINADA À DIFUSÃO ILÍCITA. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA QUE AUTORIZAM A FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E REINCIDÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA AGRAVANTE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Os elementos de convicção trazidos aos autos (prisão em flagrante do réu; confissão judicial; depoimentos judiciais dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante; quantidade e forma de acondicionamento da droga apreendida) são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelo apelante se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, inviabilizando a absolvição e, tampouco, a desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006 (porte de droga para uso próprio).
2. Adequada a fixação da pena-base um pouco acima do mínimo legal em razão da natureza e da quantidade da droga apreendida (96 porções de crack, totalizando 23,16g de massa líquida), nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, que determina que "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente".
3. Consoante interpretação do artigo 67 do Código Penal, a agravante

> da reincidência prepondera sobre a atenuante da confissão espRecurso conhecido e não provido para manter incólume a sentença que condenou o apelante nas sanções do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor legal. (Acórdão n. 586368, 20110111583163 APR, TJDFT, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 10/05/2012, DJ 15/05/2012 p. 164)

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.

De ofício, altera-se a pena aplicada na sentença *a quo*, afastando-se a imposição da pena de prestação de serviços à comunidade, aplicada cumulativamente com a privativa de liberdade, posto que as penas restritivas de direitos são substitutivas.

É o voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2012.

PROCESSO: Apelação Crime n. 15270-65.2000.8.06.0117/1 – Maracanaú-CE
APELANTE: Valdir Cordeiro da Cruz
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART 213 c/c 224, alínea "a" (ESTUPRO), DO CÓDIGO PENAL. PRELIMINARES. ARGUIDA NULIDADE EM RAZÃO DE SUPOSTA IRREGULARIDADE NA CITAÇÃO EDITALICIA. ACUSADO NÃO ENCONTRADO PELO OFICIAL DE JUSTIÇA NO LOCAL INDICADO. CITAÇÃO POR EDITAL QUE SE MOSTRA DEVIDA. PRETENDIDO AINDA RECONHECIMENTO DE NULIDADE EM VIRTUDE DE SUPOSTO CERCEAMENTO DE DEFESA CONSISTENTE EM INEFICIENCIA DO DEFENSOR NOMEADO PARA REPRESENTAR O RÉU. INOCORRENCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. CONDENAÇÃO A SEIS ANOS E DOIS MESES DE RECLUSÃO. REGIME INTEGRALMENTE FECHADO. CONVERTO *EX OFFICIO* O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA DE INTEGRALMENTE FECHADO PARA INICIALMENTE FECHADO. MERITO. SUPOSTA CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COESO PARA MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

I – Condenado por infração aos artigos 213 c/c 224, alínea "a", do Código Penal, o apelante requer que a sentença seja reformada, no sentido de sua absolvição, aduzindo ser a prova dos autos por demais lacunosa para ensejar a condenação, não havendo elementos que comprovem a existência do delito.

II – Tem-se por válida a citação editalícia realizada nos autos e a consequente decretação de revelia, diante da informação de que o recorrente, encontrava-se em local incerto e não sabido, tendo sido empreendidas as diligências necessárias à sua localização.

III – Não houve cerceamento de defesa a desafiar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o apelante foi devidamente representado durante toda a instrução criminal por defensor nomeado, tendo sido oferecidas a defesa prévia e as alegações finais, bem como representado na audiência de inquirição de testemunhas.

IV – Analisados os autos, vislumbro que a decisão do magistrado *a quo* não merece qualquer reproche, vez que o conjunto probatório mostra-se suficientemente harmônico para manter a condenação.

V – A declaração da vítima em se tratando de crimes sexuais, assume

especial relevância, podendo sustentar o decreto condenatório, desde que corroborem com as demais provas dos autos.
VI - No tangente a reformulação do regime de cumprimento de pena de fechado, para inicialmente fechado, esta faz-se imperiosa em consonância ao consolidado entendimento do Supremo Tribunal Federal, em prol do princípio da ressocialização do preso.
VII – Nega-se provimento ao recurso de apelação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n. 15270-65.2000.8.06.0117/1, da Comarca de Maracanaú, 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 rejeitar as preliminares suscitadas e negar provimento ao recurso de apelação, alterando *ex officio* o regime de cumprimento da pena de integralmente para inicialmente fechado, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator e em consonância com o parecer ministerial.

Cuida-se de ação penal movida pelo Ministério Público Estadual contra Valdir Cordeiro da Cruz, em que pede seja este condenado nas tenazes do artigo 213 c/c 224, alínea "a" do Código Penal.

Narrou-se na exordial acusatória (fls. 2/4) que, no dia 10 do mês de julho de 1994, por volta das 15:00 horas, a menor D. B. da S., à época com 12 anos de idade, teria sido estuprada em um matagal na localidade de Varjota, no Parque São João, no município de Maracanaú, tendo a autoria do hediondo crime recaído sob a pessoa de VALDIR CORDEIRO DA CRUZ, ora apelante.

Submetido ao devido processo legal, garantido o contraditório e a ampla defesa, realizada a instrução criminal e o julgamento perante a 2ª Vara da Comarca de Maracanaú/CE, o douto magistrado *a quo* decidiu por condenar o apelante à pena de 06 anos e 02 meses de reclusão, em regime integralmente fechado (fls. 54/61).

Inconformado com o *decisum*, o apelante interpôs recurso de apelação, pleiteando preliminarmente a nulidade do processo e no mérito requereu a reforma da sentença de planar instância, no sentido da sua absolvição. Aduz, para tanto, que a decisão vergastada em primeira instância é carente de fundamentação idônea, vez que o próprio corpo probatório mostra-se, por demais, lacunoso. Aduz, ainda, que não praticou nenhum tipo delituoso, afastando, deste modo, a possibilidade de condenação (fls. 71/81).

Chamado às contrarrazões, o douto representante do Ministério Público pugna pelo conhecimento, bem como improvimento da apelação. Afirma que a sentença foi prolatada calcada na prova dos autos, de forma bem fundamentada, não merecendo, portanto, qualquer reparo (fls. 84/90).

Ouvida, a ínclita Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso em tela (fls.104/105).

É o relatório. Passo a votar.

Recurso tempestivo, não havendo qualquer questão impeditiva ou extintiva do direito de recorrer.

PRELIMINARES DE NULIDADE PROCESSUAL

Argui o apelante preliminar de nulidade do feito, por ter sido processado à revelia, uma vez que não tomou conhecimento da citação editalícia, bem como, em razão do não esgotamento de todas as diligências para a sua citação por mandado.

Ao compulsar os autos, é possível visualizar que não houve afronta ao princípio da ampla defesa e contraditório, na medida em que foram esgotados todos os meios antes de se socorrer à citação por edital, conforme se vê da certidão do mandado de citação pessoal do apelante acostado as fls. 29.

Com efeito, a alegação do recorrente de que não tomou conhecimento da citação editalícia não é argumento razoável a conduzir a nulidade da instrução processual, pois como se vê, esta procedeu-se em absoluta conformidade legal.

Ainda em sede de preliminares, o recorrente aduz que houve cerceamento de defesa uma vez que o defensor anteriormente constituído agiu de maneira "apática", "inerte" e "indiferente a causa".

Após detida analise dos presentes autos, verifico que não houve cerceamento de defesa a desafiar os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, pois o magistrado de origem ao constatar que o réu não compareceu a audiência de instrução tomou as providencias necessárias para a regularização do feito, quais sejam; decretar a revelia do acusado e em seguida nomear lhe um defensor.

Convém anotar, que apesar da declaração de revelia do apelante, ele foi devidamente representado durante toda a instrução criminal por defensor nomeado, tendo sido oferecidas a defesa prévia e as alegações finais, bem como representado na audiência de inquirição de testemunhas.

Isto posto, rejeito as preliminares de nulidade processual.

Na discussão meritória, verifica-se que o cerne do recurso em questão cinge-se ao argumento de que a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Maracanaú/CE, seria desprovida da necessária fundamentação e de supedâneo probatório.

Não obstante, da análise de todo contexto fático/probatório contido nos autos, depreende-se, sem muito esforço, que tal tese arguida pelo apelante não merece prosperar, pois se distancia sobremaneira do que foi carreado aos autos, não merecendo qualquer reparo a sentença condenatória ora atacada.

Com efeito, a materialidade do crime previsto no art. 213 c/c 224, alínea a, do CPB, ora imputado ao recorrente, é inquestionável e encontra-se devidamente demostrada no laudo de exame de corpo de delito acostado às fls.07 dos autos, o qual atesta a pratica de conjunção carnal com a menor.

Quanto a autoria delitiva, também resta provada nos autos, mediante o depoimento da vítima que, confirmou limpidamente ter sido violentada pelo recorrente, além das declarações das testemunhas que confirmaram a versão por ela apresentada.

Em juízo a vítima assim descreveu os fatos (fls. 43):

> (…) "QUE a declarante na hora do crime chorou bastante; QUE nunca desconfiou do comportamento do acusado; QUE o acusado ao terminar o ato, mandou que a declarante vestisse a roupa que pegou uma folha limpando a sua vagina e em seguida saíram para casa; QUE o acusado tirou a roupa da vítima; QUE já havia lhe derrubado no chão, fazendo sexo incontinenti com a declarante; **QUE sentiu dores na hora da relação sexual;** QUE disse que estava sentindo dores (...)" Grifo nosso**.**

De outra monta, constata-se que, ao ser interrogado em Juízo (fls.41), o apelante Valdir Cordeiro da Cruz, afirmou cinicamente, ter ofendido a liberdade sexual da menor. Senão vejamos:

> "(…) QUE sempre dava alguns beijinhos na vítima se aproveitando da qualidade de cunhado; QUE pensou que a mesma tivesse outras intenções ao ser beijada; QUE beijava no rosto com segunda intenções; QUE a vítima se encontrava brincando; QUE o interrogado convidou-a para ir numa mercearia; QUE não chegaram a ir à mercearia; QUE desviaram o caminho; QUE foram nas proximidades da residencia da vítima; QUE chegando no local disse para a vítima que estava a fim da mesma; QUE tirou a roupa da vítima deitando-a no chão; **QUE colocou o pênis nas coxas da vítima**; QUE não chegou a penetrá-la; QUE não sabe se a vítima chorou; QUE pediu desculpas à vítima; QUE tinha vontade da mesma (...)" Grifo nosso**.**

Como se vê, bastam os depoimentos da vítima e do acusado acima transcritos, para corroborar com a tese da autoria do delito, não havendo nada de substancial na defesa do réu/apelante que contrarie a harmonia da tese acusatória, a qual restou plenamente delineada e comprovada nestes autos, vez que o apelante não incumbiu-se de provar a ausência da relação sexual com a menor.

Destarte, diversamente do que alega a defesa, sobejam nos autos elementos de prova que dão amparo à decisão condenatória, máxime tratando-se dessa modalidade de delito, dada a maneira camuflada e ardil como normalmente se perpetram os crimes sexuais, a palavra da vítima quando em harmonia com os demais elementos probatórios constantes nos autos, assume especial relevância, conforme entendimento há muito sedimentado nas Cortes brasileiras.

> **PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITOS DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR E EXPLORAÇÃO SEXUAL. ART. 214 DO CÓDIGO PENAL E ART. 244-A DA LEI Nº 8.069/90 – ECA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DOS CRIMES. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS E DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS SUFICIENTES PARA**

> **CONDENAR. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR MEDIANTE FRAUDE. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONFIRMADA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.**
> **1. A palavra da vítima de atentado violento ao pudor, mesmo quando criança, apresentando-se segura e destituída de contradições, sobrepõe-se à tese de negativa de autoria.**
> 2. No pertinente ao crime de exploração sexual, o entendimento firmado em diversas jurisprudências e na doutrina especializada é de que, a violência presumida absorve a hipótese de fraude, razão pela qual improcede o pedido de desclassificação.
> 3.Recurso conhecido e desprovido.
> (TJRN - ACR 143321 RN 2009.014332-1 Des. Virgílio Macêdo Jr. 06/06/2011)

> PENAL - ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - AUTORIA COMPROVADA - PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELA PROVA TESTEMUNHAL - CONDENAÇÃO - MANUTENÇÃO - CONTINUIDADE DELITIVA - RECONHECIMENTO - ADEQUAÇÃO DA PENA - RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.
> **- Sendo firme e coerente a palavra da vítima de estupro e atentado violento ao pudor, seja ela menor ou não, corroborada por outros elementos de provas contidos nos autos, a condenação do agente é medida que se impõe, principalmente porque se cuida de delito que sói ocorrer na clandestinidade.** (TJMG - 101030900889170011 MG 1.0103.09.008891-7/001(1) Des. Hélcio Valentim 25/02/2010)

No caso em tela, faz-se necessária a alteração do regime de cumprimento da pena estipulado pelo juízo *a quo*, pois este vai de encontro a consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que em histórico julgamento do *Habeas Corpus* de número 82.959 do Estado de São Paulo declarou inconstitucional o art. 2º, §1º, da Lei 8072/90, esta que teve seu texto alterado pela Lei 11.464/07, em prol do princípio da ressocialização do preso, fulcrado no artigo 5º, inciso XLVI da Constituição Federal.

> *PENA – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA – CRIMES HEDIONDOS – REGIME DE CUMPRIMENTO – PROGRESSÃO – ÓBICE – ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 – INCONSTITUCIONALIDADE – EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL.* ***Conflita com a garantia da individualização da pena – artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal – a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.*** *(HC 82959/SP. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 23/02/2006. DJ 01-09-2006).*

Faz-se imperiosa a permuta *ex officio*. Estipulo, portanto, a alteração do regime de cumprimento da pena estipulado pelo juiz *a quo*. Ao invés do cumprimento no regime integralmente fechado, esta cumprir-se-á no regime inicialmente fechado.

Posto isso, nega-se provimento ao recurso de apelação, mantendo-se *in totum* a sentença guerreada, em consonância com o parecer da ínclita Procuradoria de Justiça, alterando somente *ex officio* o regime de cumprimento da pena para inicialmente fechado.

É como voto.

Fortaleza, 17 de setembro de 2012.

PROCESSO N°:20024-37.2005.8.06.0000/0
TIPO:APELAÇÃO CRIME
ORIGEM:1ª VARA DA COMARCA DE BREJO SANTO/CE.
APELANTE:MINISTÉRIO PÚBLICO.
APELADO:FRANCISCO DE ASSIS LUCENA NICODEMOS
RELATOR:DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NEGATIVA DE AUTORIA. TESE ACATADA PELO COLEGIADO LEIGO. APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. APELO PROVIDO.

1. Pronunciado pela prática de homicídio qualificado(Art.121, §2°, incisos I e IV, c/c Art.29 CP) e submetido a julgamento pelo Tribunal Popular, restou absolvido da imputação que lhe fora feita, a pretexto de negatória de autoria.
2. Ministério Público pleiteia a anulação da sentença, por ter o Conselho de Sentença decidido de modo contrário à prova coligida.
3. A fragilidade probatória inibe a tese defensiva, havendo testemunhos da fase inquisitorial corroborados pelo produzido na fase judicial, divergente do entendimento colegiado.
4. Estando a decisão em completa dissociação com o conjunto probatório, caracterizando arbitrariedade dos jurados, deve, o Tribunal de Justiça anulá-la, sem que isso signifique qualquer tipo de violação aos princípios constitucionais.
5. Recurso conhecido. Apelo provido.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime, nº 20024-37.2005.8.06.0000/0, oriundo do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Brejo Santo/Ce, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, o Ministério Público e Francisco de Assis Lucena Nicodemos.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo, para lhe conceder provimento, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

O Ministério Público oficiante na 1ª Vara da Comarca de Brejo Santo/CE

denunciou(fls.82/83) Francisco de Assis Lucena Nicodemos, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º incisos I e IV, do CPB, atribuindo-lhe, por intermédio de terceiras pessoas, os assassinatos de Cícero Alves Xavier e Francisco Alves Silva, fato ocorrido na noite de 21 de agosto de 1996, próximo ao Parque de Vaquejadas de Brejo Santo/Ce.

Ultrapassada a instrução processual, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, o apelado foi pronunciado (fls.152/155) e submetido a julgamento pelo Júri, oportunidade em que o Conselho de Sentença rechaçou a tese do agente ministerial exposta na delatória e , acolhendo a tese defensiva (negativa de autoria), entendeu por absolver Francisco de Assis Lucena Nicodemos da acusação que pesava contra si.(fls.124 v. e 125)

Recurso do Ministério Público, argüindo a nulidade do julgamento, com espeque no art. 593 do CPP (fls.04/08).

Contra-razões pela manutenção da decisão dos juízes leigos (fls. 10/12).

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo improvimento do recurso (fls. 133/136).

É o relatório.

VOTO

No apelatório, o *Parquet* objetiva ver desconstituído o veredicto do Conselho de Sentença da 1ª Vara da Comarca de Brejo Santo/CE, que acatou a negativa de autoria, ensejando a absolvição do co-réu Francisco de Assis Lucena Nicodemos.

Consta dos autos que, na noite de 21 de agosto de 1996, próximo ao Parque de Vaquejada da cidade de Brejo Santo, Francisco Alves da Silva e Cícero Alves Xavier, foram assassinados com vários tiros de revólver (intrumento pérfuro-contundente) e pauladas, consoante laudo de exame cadavérico(fls.24/27). O apelado, vulgo "Cizim das Cabaceiras", suposto mentor intelectual do duplo homicídio, juntamente com seu primo, João Madeiro de Lucena Filho, de epíteto "Marcelo de Dão Madeiro", teriam agido em concurso de desígnios com José Gilclean Pereira da Silva, Núbia Maria Paixão e a menor Maria Auxiliadora Alexandre Jacó.

As mulheres foram utilizadas como atrativos para que as desditosas vítimas acudissem a local ermo. José Gilclean fora o executor da conduta horrenda, enquanto que o apelado, juntamente com João Madeiro de Lucena Filho arquitetaram tudo. O enredo delituoso teve como motivação uma suposta dívida de drogas que as vítimas teriam contraído com os autores indiretos sobreditos.

Aduz o órgão acusador que, acatando a tese defensiva, negatória da autoria, o Júri agiu erroneamente, em dissonância com a prova acostada aos autos, eis que, o probante anexo ao caderno processual vai de encontro à decisão absolutória, senão vejamos.

Na fase de procedimento administrativo, reinquirido, assim narrou José

Gilclean Pereira da Silva(fls.70 e 70v.):

> "[...] Que, na verdade quem assassinara as vítimas sobreditas fora sua pessoa, a mando dos elementos"Marcelo de Dão Madeiro" e "Cizim da cabaceira", e que os fatos ocorreram da seguinte forma:Que, o interrogando devia ao elemento "Cizim da cabaceira", a importância de R$3.100,00, alusivo a compra de maconha, junto ao citado elemento e ao seu sócio(dele) "Marcelo de Dão Madeiro"; QUE, em face dessa dívida, há tempos o interrogando vinha sofrendo pressão para liquidar com a dívida, quando então dias antes da vaquejada que ocorreu em agosto do ano passado, nesta cidade, quando por ocasião da festa deste município, fora chamado pelo "Cizinho cabaceira", o qual dissera que só tinha uma solução para liquidar com a dívida; QUE, a solução dada pelo "Cizinho" fora assassinar o "Dioma", haja vista este também lhe dever 1 quilo e meio de maconha, e ainda haver lhe furtado, de sua residência, cinco quilos da referida droga; QUE, a partir de então, o interrogando passara a concatenar suas ideias no sentido de cumprir o acordo, pois caso viesse a falhar, seria morto juntamente com um membro de sua família;QUE, precisamente no dia 21.08.96, por volta de 13:00 horas, o interrogando ao encontrar-se com Núbia, no parque da vaquejada, a peitou para levar as sobreditas vítimas para o cheiro do queijo, tendo esta recusado, de princípio, todavia, ao saber que o interrogando também peitara a "Dasdores" para tal serviço, e a mesma aceitado, ambas resolveram aceitar a proposta, combinando que a (sic) execussão das vítimas seria naquela noite, como de fato ocorreu por volta das 22:30 e 23:00 horas daquele dia; QUE, como tudo já ficara previamente acertado, a "Dasdores" e a Núbia, após receberem o toque (aviso) por parte do interrogando, se dirigiram para o matagal, nas imediações do parque de vaquejada, local este que costumavam fumar maconha; Que, após verificar que as meninas haviam levado as futuras vítimas, o interrogando dera um tempo, e depois se dirigira ao local acordado, onde ali chegara furtivamente por trás, e observara que "Dioma" e "Corró", estavam sentados no chão fazendo a cabeça"; QUE, sem nenhuma discussão ou diálogo, o interrogando primeiramente, encostou a arma na altura da cabeça do "Dioma", acionara o gatilho, e esta arriara, e em seguida, atirara no "Corró", também na altura da cabeça,QUE, para se certificar das mortes de suas vítimas, o interrogando efetuara mais dois disparos contra estas...."

Ratifica, ainda(fls.70v.):

> "[...] quando ali chegara zoando o "Marcelo" com alguns amigos, tendo instantes depois chegado o "Cizinho cabaceira", os quais chamaram o interrogando em particular e perguntaram se o mesmo havia feito o serviço, se referindo a execussão (sic) das vítimas, no que respondera de forma positiva..."

Em termo de declarações prestados(fls.94), João Paulo de Oliveira Patrício assim se manifesta: "[...] Que ouviu falar que Gil de Oliveira e Cizim da Cabaceira estão presos sob suspeitas das mortes de Corró e Dioma".

O testemunhal de Guimaron Raimundo das Neves, aduz (fls.94v.): "[...] Que tem conhecimento pleno de que Francisco de Assis Lucena Nicodemos (Cizim), está preso sob suspeita de envolvimento no crime de Dioma e Corró...."

A testemunha Maria de Lourdes Alves Almada é incisiva(fls.95v.):

> "Que confirma a versão na polícia de que ouviu comentários, inclusive de Lourdes Martins, de que Dioma e Corró tinham sido atraídos por Núbia e Dasdores para o local onde resultaram mortos, e que o executor foi Gil de Oliva; Que ouviu de Loudes Martins a versão de que os autores do crime foram Cizim e Gil de Oliva.....")(gr ifei).

A versão dos autos converge para existência de indícios de autoria atribuído a Francisco de Assis Lucena Nicodemos, de alcunha "Cizim das Cabaceiras". A narrativa macabra teria como motivação o fato de as vítimas terem contraído uma dívida de drogas com o ora apelado e seu primo João Madeira de Lucena Filho. O próprio suposto executor do delito assegura, durante o inquisitório, que o fez em virtude, também, de dívidas de entorpecentes contraída perante os primos incriminados. Segundo a sua versão, se não matasse, morreria. As mulheres, Núbia Maria Paixão e Maria Auxiliadora Alexandre Jacó, esta menor na época do fato, teriam sido utilizadas como "íscas", atraíndo as vítimas para local ermo, afim de evitar testemunhas oculares. Há fortes sinais de que o apelado fora o mentor intelectual do horrendo plano delituoso, somente contrariados pela versão isolada do mesmo, sem nenhum apoio nos elementos de prova carreados na fase investigativa corroborada, bem de ver-se, pela prova jurisdicionalizada.

Nas razões apresentadas (fls.04/08), o órgão ministerial manifesta-se: "(...) Compulsando-se os autos, e analisando os depoimentos colhidos na fase instrutória e policial, percebe-se que nenhuma das testemunhas presenciou efetivamente a cena delituosa, restando-nos contrastar a própria versão do Acusado, ora Recorrido, com os fatos tal como narrados pelo pistoleiro (fls.79), cuja veracidade e razoabilidade é inarredável, pela riqueza de detalhes, saindo-se encontrando ressonância nos depoimentos encimados, bem como harmonizando-se integralmente com os exames de corpo de delito acostado aos autos."

A Suprema Corte brasileira deixou assente que a garantia da soberania dos veredictos não exclui a recorribilidade de suas decisões. Porém, estas não poderão ser alteradas, quanto ao mérito, pelos togados do Poder Judiciário, salvo ser anuladas quando contrárias à prova dos autos, assegurando-se a devolução dos fólios ao Tribunal do Júri para que novamente os julgue.

Eis a lição de Júlio Fabbrini Mirabete:

> "Afinal, o art. 593, III, d, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa,

> em que o error *in* judicando é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente 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).

Registre-se que, *in casu*, não se trata de versões para os mesmos fatos. Cuida-se de uma conclusão sem qualquer amparo no conjunto probatório e dissonante com as únicas produzidas em juízo. Já decidiu o Pretório Excelso que:

> "Não evidenciada, de forma cabal, a existência de duas versões verossímeis nos autos, afasta-se a alegação de que o acórdão impugnado, mandando o paciente a novo julgamento, tenha afrontado a soberania das decisões do Tribunal do Júri". *Habeas Corpus* indeferido.(RT 568/371, *in* Código de Processo Penal interpretado, ob. cit., p. 1494).

Perfilhando esse entendimento, a Corte Uniformizadora da Legislação Federal corrobora:

> "Não há violação ao princípio da soberania dos veredictos, inserto no art. 5º, XXXVIII, c, da CF, nos casos em que, com espeque na alínea d do inciso III do art. 593 do CPP, o Tribunal de Origem, procedendo a exame dos elementos contidos no feito, entende que a decisão dos jurados não se coaduna com a prova produzida no caderno processual."(HC 105.268/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 12/04/2010).

Isto posto, dou provimento ao apelo, em discordância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, para reconhecer a nulidade do julgamento, devendo o apelado ser novamente levado ao Tribunal do Povo.

É como voto.

Fortaleza, 06 de março de 2012.

APELAÇÃO CRIME Nº 542-23.2000.8.06.0148/1
ORIGEM: COMARCA DE PORANGA
APELANTE: ANTONIO LISBOA MARINHO DO AMARAL
APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA:
PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO. RECURSO EMBASADO NO ART. 593, III, LETRA "D" DO CPP.
1. ALEGAÇÃO, EM RAZÕES RECURSAIS, DE NULIDADE. NÃO CONHECIMENTO. DEVOLUTIVIDADE RESTRITA DA APELAÇÃO NOS JULGAMENTOS PROFERIDOS PELO JÚRI. NÃO CONHECIMENTO, NO PONTO. A apelação nos julgamentos do Tribunal do Júri tem caráter restrito, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento pleno da causa, ficando adstrito, o julgamento, aos fundamentos e motivos invocados pelo apelante ao interpô-la. Por isso, obriga-se, ao fazê-la, e de forma específica, a indicar o dispositivo legal concernente, ao qual restringir-se-á o conhecimento da Turma revisora.
2. PEDIDO DE NOVO JULGAMENTO. INACOLHIMENTO. ACEITAÇÃO PELO CONSELHO DE SENTENÇA DE UMA DAS TESES APRESENTADAS. RESPEITO AO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDITOS. O Corpo de Jurados é constitucional e soberanamente o órgão legitimado para valorar os crimes contra a vida. Nesse sentido, tendo sido acolhida uma das versões apresentadas é juridicamente despiciendo que se determine um novo julgamento.
3. PENA. ALEGAÇÃO DE INJUSTA EXCERBAÇÃO. IMPROVIMENTO. Examinadas todas as hipóteses do art. 59, diz o Desembargador Francisco Sales Neto, "se uma delas apenas não lhe for favorável [ao réu], fica afastada a aplicação da pena mínima" (in Dosimetria da Pena – Elementos de aplicação. Fortaleza: Premius, 2007, p. 88). O STF, por sua vez, assim se pronunciou: "nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. È lícito ao Magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena"(HC 71.696-1, DJU 16/8/96).
4. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NO PONTO, IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer, parcialmente, do

recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Manifestando insatisfação com sua condenação a quatorze anos e seis meses de reclusão, regime inicial fechado, pelo homicídio qualificado de Antonio Amilton Mineiro, fato ocorrido em 30 de junho de 2011, apelou, o sobrenomeado, com base no art. 593, inciso III, alínea "d" do CPP, aduzindo o que segue.

Preliminarmente, arguiu nulidade na quesitação proposta ao júri e, no mérito alegou ter sido o entendimento do Corpo de Jurados manifestamente contrário à prova dos autos. Pugnou, por fim, pela redução da reprimenda ao mínimo legal.

Recurso contrarrazoado, a douta PGJ opinou pelo seu parcial provimento, no sentido de reduzir a censura penal imposta ao apelante.

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

Segundo consta na denúncia, no dia 30 de junho de 2001, por volta das 18:30 horas, na comarca de Poranga, em um lugar chamado Buritizal, o apelante efetuou vários disparos contra Antonio Amilton Mineiro, causando-lhe a morte, conforme consta em laudo de exame cadavérico constante dos autos.

Submetidos os fatos ao júri popular, o recorrente restou condenado, conforme já antecipado, apelando, na sessão plenária, com espeque, especificamente, no art. 593, III, letra "d" da lei adjetiva penal (decisão dos jurados contrária à prova dos autos).

Ocorre que, por ocasião da apresentação das razões recursais, inova o causídico subscritor das razões de apelo. Nesse sentido, além da tese do entendimento contrário dos jurados às provas, aduz ocorrência de nulidade na quesitação. No ponto, argumenta que mesmo tendo sido respondido, positivamente, pelos jurados, sobre a presença de atenuantes em favor do réu, o Magistrado olvidou em elaborar quesitos específicos sobre o tema, não indagando sobre qual atenuante estava sendo reconhecida, circunstância, na ótica do apelante, causadora de prejuízo à sua defesa e nulidade do julgamento.

Em que pese tal alegação não vislumbro condições de, sequer, conhecer a preliminar.

Primeiramente, anoto que por ocasião da sessão de julgamento, quando da leitura dos quesitos e mesmo após a proclamação do resultado, deixou a defesa de fazer qualquer oposição, como lhe propicia a lei adjetiva penal. Não por menos que apelou,

na sessão plenária, pelo art. 593, III, "d" do CPP (entendimento dos jurados diverso das provas dos autos).

De todos sabido que a apelação, nos processos sujeitos ao Tribunal do Júri, tem caráter restrito, não devolvendo à Superior Instância o conhecimento pleno da causa. O julgamento, no caso, fica adstrito aos fundamentos e motivos invocados quando da sua interposição, obrigando-se, por isso, quem a faz, de fazê-la de forma específica, indicando o dispositivo legal concernente, ao qual restringir-se-á o conhecimento da Turma revisora. A congruência exigida por lei, quando descumprida e não suprida no prazo legal, resulta, conforme melhor jurisprudência, no não-conhecimento do inconformismo no ponto alegado.

A respeito, transcreve-se jurisprudência, inclusive, sumulada:

> STF. "Interposta apelação sob o estrito fundamento do art. 593, III, d, do CPP, invocada pela acusação a contrariedade da decisão à prova dos autos, é defeso ao julgamento admitir nulidades não arguidas formalmente por via da letra "a" do mesmo dispositivo legal. (RT 574/462).
>
> **STF. Súmula 160**
> É NULA A DECISÃO DO TRIBUNAL QUE ACOLHE, CONTRA O RÉU, NULIDADE NÃO ARGÜIDA
>
> **STF. Súmula 713**
> O EFEITO DEVOLUTIVO CONTRA AS DECISÕES DO JÚRI É ADSTRITO AOS FUNDAMENTOS DA SUA INTERPOSIÇÃO.

Além disso, acresço, para fins didáticos, o entendimento já manifestado sobre o tema pelo Superior Tribunal de Justiça:

> "(...) não é obrigatória a quesitação acerca de atenuantes específicas, após reconhecido pelo Conselho de Sentença a ocorrência de atenuante na forma genérica, quando a própria defesa não declina quais seriam estas e o magistrado, de outro lado, não vislumbra, analisando o art. 65 do CP, a existência de qualquer delas. Ademais, a falta de indagação acerca da atenuante específica, afirmando quesito genérico, não acarreta nulidade se a vontade dos jurados foi atendida na graduação da resposta penal . (Precedentes). (Resp 835195/RS, Min. Félix Fischer, 5ª. Turma, 3/12/2006).

No caso, o judicante, quando do doseamento da censura penal, levou em consideração a decisão dos jurados e, efetivamente, reduziu a censura penal pelo reconhecimento da atenuante genérica.

Dessa forma, a nulidade vertida nas razões recursais, não objeto de menção específica, por ocasião da apelação, pelas razões expostas, desmerece conhecimento.

Outro ponto tangenciado, na inconformação, diz respeito à contrariedade

do julgamento à prova constante nos autos.

Ao exame do caderno processual constata-se que foram rejeitadas as teses defensivas de legítima defesa e de homicídio privilegiado, ante a inexistência dos seus elementos caracterizadores, os quais, nos termos da lei penal, devem ser, efetivamente, comprovados. No ponto, a prova colhida em instrução foi insuficiente, tendo sido demonstrado, ao revés, que a vítima foi alvejada, de surpresa.

Com efeito, bastante o depoimento da testemunha ocular Maria Bezerra de Almeida, fls. 120:

> "(...) a testemunha estava com a vítima na tendinha onde estavam vendendo bebidas na festa da padroeira; 'Boinho' chegou já foi atirando em Milton; a vítima nem deu fé da chegada de 'Boinho' quem deu fé foi a testemunha(...)".

A Constituição Federal de 1988, entre seus diversos postulados, destaca o principio da soberania dos veredictos proferidos pelo Tribunal do Júri, convencionando ser exceção à regra a possibilidade de anulação das decisões proferidas pelos Juízes leigos, que, por força do aludido princípio, somente devem ser cassadas em casos excepcionais, quando manifestamente afrontarem o conjunto probatório.

Diante do limitado efeito devolutivo da apelação contra referidas decisões, cabe, tão-somente, verificar se o veredicto popular encontrou algum apoio na prova carreada aos autos. Assim, perquiri-se, tão somente, se o convencimento dos jurados está substanciado em elementos de convicção colhidos na fase instrutória do processo, devendo ser ressaltado, desde logo, que o *decisum* apenas há de ser considerado manifestamente contrário à prova dos autos quando inteiramente divorciado do acervo probatório.

Do caso em análise, há coerência entre a decisão proferida, os fatos narrados e as provas constante dos autos. Impossível afirmar, extreme de dúvidas, a ocorrência de quaisquer das hipóteses aventadas pela defesa e, no mesmo caminho, considerar que a decisão dos jurados se afastou da prova, ainda mais quando se sabe que o Tribunal do Júri é soberano para escolher a tese que melhor lhe convença, sem assim estar julgando contrariamente à prova dos autos.

Nesse ponto, importante que se diga que constitui matéria pacificada, seja na doutrina ou na jurisprudência, que, se existem duas versões para o crime, optando os jurados por uma delas, a qual lhes pareceu mais verossímil, não há falar em nulidade, devendo, por essa razão, ser mantida a sentença proferida após o julgamento soberano do Tribunal do Júri.

Sobre o tema, convém trazer à colação as ementas de acórdãos que se seguem:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DO JÚRI CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELO JURADOS

> QUE ENCONTRA AMPARO NA PROVA AMEALHADA. DUAS TESES. OPÇÃO POR UMA DELAS.
> I - Não se revela contrária à prova dos autos a decisão tomada pelo Conselho de Sentença que resta apoiada - conforme bem destacado no reprochado acórdão - em provas robustas.
> II - Ademais, da mesma forma, não se qualifica como manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos Jurados que se filia a uma das versões para o crime, em detrimento de outra, ambas apresentadas em Plenário, desde que a tese privilegiada esteja amparada em provas idôneas, como ocorreu na espécie. (Precedentes).
> Recurso especial provido. (REsp 1114474/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 16/11/2009)

> *HABEAS CORPUS* - ARTIGO 121, § 2º, III E IV, DO CÓDIGO PENAL - CONTRADIÇÃO NOS QUESITOS - NULIDADE NÃO CONFIGURADA - DECISÕES DO JÚRI: MAIORIA - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - TESE DA ACUSAÇÃO COM RESPALDO EM ELEMENTOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO CRIMINAL - 1. (...). 2. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela que se dissocia do conjunto probatório. Não há que falar de anulação se os jurados acataram uma das teses expostas ao Conselho de Sentença. Ausência de constrangimento ilegal. 3. Ordem denegada. (STJ - HC 200500210489 - (41715 MS) - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 21.11.2005 - p. 00307) JCP.121 JCP.121.2.I JCP.121.2.III JCP.121.2.IV.)

Nesse contexto, no mérito, desmerece reforma o *decisum* vergastado, eis que os Juízes leigos optaram por uma versão plenamente possível à luz do acervo probante.

Por fim, em função do *quantum* da reprimenda estabelecida pelo judicante, não há falar em injustificada exacerbação que, muito ao revés, repele a conduta reprovável do apelante.

As circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal são da discricionária apreciação do magistrado, entremostrando-se a majoração da pena-base dentro dos parâmetros legais e jurisprudenciais, em razão, como já dito, da culpabilidade, da personalidade do agente e de sua conduta social.

No azo, importante destacar o seguinte entendimento jurisprudencial:

> *"*As circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP são da discricionária apreciação do magistrado, que ao fixar a duração da pena, não está obrigado a analisar exaustivamente cada uma delas, bastando fixar-se nas reputadas decisivas para a dosagem – no caso bem explícitas pelas instâncias ordinárias". (STF/RT 641/397-8).

Ademais, examinadas todas as hipóteses do art. 59, diz o Desembargador Francisco Sales Neto, "se uma delas apenas não lhe for favorável [ao réu], fica afastada a

aplicação da pena mínima" (*in* Dosimetria da Pena – Elementos de aplicação. Fortaleza: Premius, 2007, p. 88).

O STF, por sua vez, assim se pronunciou:

> "nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao Magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena"(HC 71.696-1, DJU 16/8/96).

Consequentemente, tenho por irrepreensível a dosimetria da pena.

Isso posto é o presente para tomar conhecimento, parcial, do recurso, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 11 de junho de 2012.

PROCESSO N°: 6232-71.2009.8.06.0001/1.
TIPO:APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM:12ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA.
APELANTE: MOACIR DA SILVA INÁCIO.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VÍTIMA MENOR DE QUATORZE ANOS DE IDADE E SOBRINHA DO RÉU POR AFINIDADE. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. DEPOIMENTO DA OFENDIDA SÓLIDO, CONVINCENTE E AMPARADO NOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA. DESCABIMENTO. REFORMA NO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Incabível a absolvição, quando a palavra da vítima se mostrou segura e incisiva ao relatar a prática dos atos libidinosos e sua autoria, tanto em sede inquisitorial quanto na fase instrutória.
2. *In casu*, as declarações da ofendida encontram-se amparadas no depoimento do seu irmão, o qual presenciou o acusado com a calça abaixada, exibindo o órgão genital e tentando tirar foto da vagina da infante.
3. Descabido o decote da causa especial de aumento de pena, contida no art. 226, inciso II do Código Penal, por ser o réu tio por afinidade da vítima, o que facilitava a sua aproximação e restringia a capacidade de defesa da vítima, isso justificando maior juízo de reprovação sobre a conduta.
4. Consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, o réu restou condenado à pena de 09 (nove) anos, devendo, assim, iniciar o cumprimento da reprimenda em regime fechado, tornando incabível a reforma no regime prisional.
5. Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime n° 6232-71.2009.8.06.0001/1, da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Moacir da Silva Inácio e Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelatório interposto por Moacir da Silva Inácio, visando reformar a sentença (fls.107/114) que o condenou como incurso no art. 214, c/c o art. 224, "a", e 226, II, todos do CPB, à pena de 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado.

No inconformismo (fls.125/130), a defesa pleiteia, em síntese, a absolvição, a pretexto de não estar provada a autoria e a materialidade delitivas. Alternativamente, postula pela reforma na dosimetria e no regime prisional.

Instado a se manifestar em contrarrazões (fls.131/134), o *Parquet* originário pugnou pela mantença da sentença em todos os seus termos.

Chamada à colação, a ilustrada Procuradoria Geral de Justiça opinou (fls.141/147) pelo conhecimento da apelação e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie. Passo agora à análise do mérito recursal.

Primeiramente, o recorrente busca absolvição aduzindo que foi condenado à pena de 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, por infração ao art. 224, "a", e 226, II, todos do CPB, mesmo sem provas da autoria e materialidade delitivas. Ademais, acrescenta que a condenação baseou-se exclusivamente nas declarações da vítima.

Alternativamente, postula pelo decote da causa especial de aumento de pena contida no art. 226, inciso II do Código Penal, alegando não se encontrar nesta circunstância, pois é casado com a tia da ofendida e que tal dispositivo refere-se apenas ao tio da vítima.

Por derradeiro, requer a reforma no regime prisional para o semiaberto, por entender não ser crime hediondo o atentado violento ao pudor com violência presumida.

A insurgência defensiva improcede.

Na espécie, a violência sexual noticiada evidencia-se claramente do conjunto probatório amealhado aos autos. A materialidade delitiva encontra-se estampada no auto de prisão em flagrante (fls.7/18), no termo de representação (fl. 23) e nas provas testemunhais, em especial nas declarações da ofendida (fls.70/71).

Nesse ponto, urge 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 da vítima.

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, pre*scindindo-se do exame pericial*." (*In* Código Penal Interpretado, 4ª ed.. SP, Atlas, 2003, p. 1550).

Ao contrário do alegado, depreende-se do cotejo dos autos, que tanto a materialidade como a autoria do crime restaram comprovadas *ex abundantia*.

O que se depreende nos fólios é que existem provas suficientes a indicar que realmente o acusado praticou os atos libidinosos contra N., a qual contava com 11 (onze) anos de idade na data dos fatos.

Consoante a acusatória, "[...]o denunciado pegou a declarante pelo braço, com violência, e a jogou sobre o sofá, dizendo: 'relaxe e goze', mandando a declarante tirar o short e a calcinha. A declarante temendo pela sua integridade física, obedeceu o denunciado, o qual abriu a braguilha e colocou o pênis para fora. Em seguida, o denunciado mandou a declarante abrir a pernas, sendo obedecido, ocasião em que passou o pênis na vagina da declarante por alguns instantes, e depois afastou-se um pouco e mandou que a declarante continuasse com as pernas abertas e que abrisse a vagina para que ele tirasse uma foto no celular. Neste momento, o irmão da declarante descia do andar superior e flagrou a cena, tendo o denunciado se evadido do local".

Ao ser interrogado (fls. 86/87), negando a imputação, disse não saber a quem atribuir a autoria da infração.

A menor, ao reverso, confirmou em Juízo ter sido abusada pelo tio, *ipsis litteris*:

> "[...]que o acusado chegou na casa da declarante e perguntou pela sua mãe e pelo seu irmão; que a declarante mesmo achando que seu irmão não estivesse em casa, chamou-o; que Gabriel disse que ia na casa dele para pegar o *memory card* para gravar o jogo; que a declarante ficou sozinha com o acusado; que este fechou o portão, voltou, pegou a declarante, jogando-a no sofá e mandou a declarante tirar a calcinha e passou a 'coisa dele' (pênis) na 'minha coisa' (piupiu); que depois o acusado colocou a perna da declarante no braço do sofá, abriu as pernas da declarante e tirou o celular; que nessa hora, o irmão da declarante desceu; que o acusado guardou o celular e saiu correndo; que o irmão da declarante foi atrás de sua mãe e o acusado foi preso".(fl.70).

A narrativa da vítima sobre os abusos é digna de crédito, sobretudo por não haver qualquer motivo para incriminar injustamente o acusado ou a movesse interesse em prejudicá-lo. De tenra idade, não teria motivo aparente para criar uma versão fantasiosa.

Corroborando com as declarações da menor, Marcelo Barros da Silva (fl. 74), tio da ofendida, falou, *in verbis*: "[...] que no dia do fato, a mãe da vítima chegou, chorando, aflita, na casa do depoente por volta de 20 horas com a vítima, dizendo que Júnior, irmão da vítima, tinha flagrado o acusado Moacir com as calças baixadas, pênis ereto, Nicole sem as roupas de baixo no sofá e o acusado calçando a porta com a perna;

[…] que o acusado saiu correndo e ainda deu um murro no carro; que o depoente tomou as providências, ligou para o Ciops e o acusado foi preso" .

Coerentemente, Eliézio Pereira Lima Júnior (fl.84), irmão da vítima narrou:

> "[…] que passado algum tempo, o depoente ouviu o barulho da porta fechando e viu que era o amiguinho da vítima saindo; que houve um silêncio e depois ouviu barulho do celular, como se fosse tirando foto; que quando desceu viu a cena, a vítima sem a roupa de baixo, sem calcinha, com as pernas abertas e o acusado com o celular na mão e a calça abaixada e com o pênis ereto; que o depoente gritou e perguntou o que estava acontecendo; que o acusado logo apagou a foto e disse que não estava acontecendo nada [...]".

As testemunhas de defesa relataram ter o réu boa conduta social, nada esclarecendo sobre os fatos.

In casu, tanto na fase inquisitorial quanto na judicial a palavra da ofendida encontra-se firme e coerente, sendo corroborada pelo depoimento do seu irmão, o qual presenciou o momento em que ela estava sem roupa e o acusado com a calça abaixada, exibindo o órgão genital e tentando tirar foto da vagina da infante.

É pacífica e torrencial a jurisprudência em situações desta espécie:

> "ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - PALAVRA DA VÍTIMA, MENOR DE 12 ANOS DE IDADE - PROVA QUE, AGREGADA AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, SERVE DE BASE PARA A CONDENAÇÃO - Não há se falar que a palavra da vítima, menor de 12 anos de idade, agregada a outros elementos probatórios, é imprestável para a aferição do juízo condenatório, se os seus dizeres, tanto na Delegacia de Polícia como em juízo, mostram-se harmônicos, não tendo, em nenhum momento, vacilado em apontar o réu como autor do fato, narrando, inclusive, com riqueza de detalhes, os acontecimentos. Apelação improvida". (TJRS - ACr 700.004.347.79 - 8ª C. Crim. - Rel. Des. Março Antônio Ribeiro de Oliveira - J. 22.03.2000)

Neste ponto, vale colacionar, o posicionamento do STF sobre o tema: "*Nos crimes sexuais, a palavra da vítima, em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. Precedente"* (Inq 2.563/SC, rel. P/ acórdão Min. Carmen Lúcia, Tribunal Pleno, Dje 27.05.2010).

E do colendo STJ: "*O entendimento desta Corte orienta-se no sentido de que, nos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, a palavra da vítima tem grande validade como prova, especialmente porque, na maior parte dos casos, esses delitos, por sua própria natureza, não contam com testemunhas e sequer deixam vestígios".* (HC 68719 / SP, Relator Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, Data do Julgamento 24/04/2007, Data da Publicação/Fonte DJ 04/06/2007 p. 397).

Destarte, não resta dúvida de que o édito condenatório está em sintonia

com a prova, que ao contrário do alegado, é suficiente para respaldar a convicção da Magistrada sentenciante.

Outro ponto de ataque à sentença vergastada, diz respeito à exclusão da causa especial de aumento de pena. Contudo, tal pretensão também me parece descabida, visto que o réu é tio por afinidade da vítima e assim era tratado, havendo uma relação de respeito e confiança, o que facilitava a aproximação e restringia a capacidade da vítima de se defender, como ressaltou o *Parquet* originário nas contrarrazões.

Preconiza a doutrina de Rogério Greco[1], "*que a relação de parentesco ou de autoridade tem o condão de fazer com que a pena seja especialmente aumentada, levando-se a efeito, assim, maior juízo de reprovação sobre as pessoas elencadas pelo inciso II do art. 226 do Código Penal."*

Não discrepa a jurisprudência:

> "Não há que se afastar a causa especial de aumento de pena contida no art. 226, inciso II, ambos do Código Penal, conquanto seja o réu tio por afinidade da vítima, máxime quando esta mantiver estreito contato com a família do agressor, donde não haverá que se questionar a autoridade do mesmo em relação a vítima (TJES, Acr 55030004844, 1ª Câm. Crim., Rel. Des. Alemer Ferraz Moulin, DJES 30/7/2010, p. 29)".

> "APELAÇAO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL.1. REPRESENTAÇAO DA VÍTIMA. AÇAO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.DESNECESSIDADE. 2. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. 3. DESCLASSIFICAÇAO PARA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. 4. NULIDADE POR CARÊNCIA DE DEFESA. SÚMULA 155 DO STF. 5. AGRAVANTE POR SER A VÍTIMA CRIANÇA. INAPLICABILIDADE *BIS IN IDEM*. 6. MAJORANTE DO ART. 226, II, DO CP. INCIDÊNCIA. TIO POR AFINIDADE. SUBORDINAÇAO DA VÍTIMA AO ACUSADO. 7. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL DE OFÍCIO. 8. RECURSO CONHECIDO E PARCIALEMNTE PROVIDO.(201000010076952 PI , Relator: Des. Erivan José da Silva Lopes, Data de Julgamento: 19/04/2011, 2a. Câmara Especializada Criminal)."

Por derradeiro, também desmerece guarida a reforma no regime prisional, pois consoante as diretrizes do art. 33, § 2º, alínea "a", do Código Penal, o condenado a pena superior a 08 (oito) anos, como na espécie, deverá iniciar o cumprimento da reprimenda em regime fechado.

No tocante ao crime de atentado violento ao pudor com presunção de violência, tanto o Tribunal da Cidadania quanto o Supremo Tribunal Federal, na atualidade, não discrepam do caráter hediondo deste delito, como se infere:

1 *In* Curso de Direito Penal: parte especial, vol. 3, Impetus, 8.ª ed., 2011, p. 580.

> "[...] I. O entendimento atual e predominante da Quinta Turma desta Corte orienta-se no sentido de que o estupro e o atentando violento ao pudor, ainda que em sua forma simples e mesmo com violência presumida, são considerados hediondos. II. Com a entrada em vigor da Lei 11.464/07, que alterou o art. 2º da Lei 8.072/90, o regime de cumprimento da pena, para aqueles que cometem crime hediondo, é o inicial fechado. Precedentes. [...] (HC 182.760/RJ, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011)"
>
> "[…] É pacífico nesta Corte o entendimento no sentido de que os delitos de estupro e atentado violento ao pudor, tanto quanto praticados em sua modalidade qualificada quanto em sua modalidade simples, ou com violência presumida, estão inseridos no rol dos crimes hediondos.[...] (HC 113.850/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2011, DJe 01/06/2011)".
>
> "[...].1. O crime de atentado violento ao pudor cometido antes das alterações introduzidas no Código Penal pela Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, ainda que na forma simples e mesmo com violência presumida, configura crime hediondo. 2. O regime inicial fechado é obrigatório para os crimes hediondos cometidos na vigência da Lei n.º 11.464, de 28 de março de 2007, independentemente do *quantum* de pena aplicado. Ordem denegada. (166929 SP 2010/0054081-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011)".
>
> "[...] 1. O julgado do Superior Tribunal de Justiça questionado neste *habeas corpus* está em perfeita harmonia com o entendimento do Supremo Tribunal sobre a hediondez do crime de atentado violento ao pudor, mesmo que praticado com violência presumida na sua forma simples. Precedentes. (101860 RS , Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 05/04/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-092 DIVULG 16-05-2011 PUBLIC 17-05-2011 EMENT VOL-02523-01 PP-00035)".

Ademais, condenado à pena de 09 (nove) anos de reclusão, deve ser mantido o regime inicial fechado, eis que de acordo com os parâmetros do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

Ante o exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, mantendo a sentença objurgada pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 6 de março de 2012.

Habeas Corpus

Nº 30863-19.2008.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Eusébio)
IMPETRANTES: PAULO ROBERTO MEDEIROS BRAUN,
RUY LOPES PEREIRA E
ANTÔNIO SATHLER GARCIA
PACIENTE: ERNANDES LOPES PEREIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE EUSÉBIO
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Reiteração do pedido perante o mesmo órgão julgador, sem que se apresente situação nova, supervenientes elementos de convicção ou argumentação inédita, a redundar, e inevitavelmente, na incognoscibilidade da impetração.
-Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Autor de homicídio duplamente qualificado, o paciente, já nominado, encarcerado preventivamente desde o início do sumário, foi pronunciado e mantido preso pela autoridade grafada de coatora. Para os impetrantes, medida classificada de desnecessária a render ensejo, assim, por delineadora de coação ilegal, à concessão do habeas corpus para que, cassada a constrição cautelar, possa o coacto, primário e de bons antecedentes, aguardar solto o seu julgamento. Postulam, outrossim, a nulidade do feito desde o inquérito porquanto, é o que dizem, não houve dolo na ação do coacto e sim culpa strictu sensu pelo que ele, paciente, deve ser despronunciado e responder pelo crime de homicídio culposo. Por fim, pedem que seja declarada a suspeição do Juiz Titular da Vara Única do Eusébio, em face de suposta parcialidade do referido magistrado na condução do feito.

Negada a liminar, coligidos os informes, opinou a PGJ pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 - Ad primum, o arrazoado concernente à míngua de embasamento da decisão que manteve o paciente carcer ad custodiam e desclassificação do ato punível para homicídio culposo é incognoscível, porquanto tais matérias já foram enfrentadas no habeas corpus nº 29315-56.2008.8.06.0000/0, julgado e denegado, à unanimidade, por esta Colenda Câmara.

Precedente aplicável:

"Tratando-se de mera reiteração, sem nenhum fato novo que possa ensejar outra apreciação, não se conhece do pedido" (STJ, 5ª T, HC nº 1921-MS, rel. Min. Vidigal, in DJU de 2/8/1993, p. 14.261).

Quanto à tentativa de ejetar a autoridade impetrada da presidência da ação penal que o paciente responde por homicídio duplamente qualificado, basta dizer-se, e objetivamente, que referida quaestio já foi decidida na exceção de suspeição nº 2008.0034.7880-3/1, julgada improcedente pela 1ª CCrim, pelo que o fadário deste tópico é a incognoscibilidade, pois na ambiência do habeas corpus "não se conhece de matéria já julgada em outro processo" (STJ, 5ª T., RHC 16843/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 21/02/2005, p. 190).

3 – Do exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em não tomar conhecimento da ordem impetrada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 22 de abril de 2009.

Habeas Corpus Crime nº. 0075408-38.20012.8.06.0000
Impetrante: Paulo Sérgio Ripardo
Paciente: Francisco Igor Figueiredo Silva
Impetrado: Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal de Fortaleza
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO AO ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, A ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO, C/C O ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ALEGAÇÃO DE SER DESFUNDAMENTADA A DECISÃO QUE NEGOU AO PACIENTE O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE E DE INEXISTIREM OS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP. *MODUS OPERANDI* DO FATO DELITIVO. RÉU/ SENTENCIADO QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL POR ROUBO. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE ILÍCITOS. MOTIVAÇÃO BASTANTE PARA A SEGREGAÇÃO CAUTELAR. ORDEM DENEGADA.

1. O exame direto da decisão guerreada revela que a Juíza a quo deixou de conceder ao réu/paciente o direito de apelar em liberdade por vislumbrar presentes os requisitos da prisão preventiva, fazendo correspondência entre a necessidade de encarceramento e o regime prisional determinado na sentença.

2. Pelo que denotam as informações constantes da sentença condenatória, a qual compõe basicamente a documentação coligida aos fólios pelo impetrante, além de certidão narrativa e de termos de interposição de recurso, o paciente registra outro processo pelo delito de roubo na Comarca de Caucaia, situação que, somada aos indícios noticiados pelo Juízo monocrático de que o acusado integra bando criminoso, bem como ao modo de execução da prática criminosa tornam patente a necessidade de acautelamento do meio social para a garantia da ordem pública, considerando a personalidade do paciente voltada para o cometimento de ilícitos penais.

3. A ausência do trânsito em julgado da sentença condenatória não impede seja o réu recolhido à prisão, quando estiverem presentes quaisquer das situações de periculum libertatis previstas no art. 312, do CPP, não significando sua custódia o cumprimento antecipado da pena infligida, já que referida prisão tem natureza cautelar. E, na hipótese vertente, mostra-se absolutamente idônea a fundamentação que embasa a decisão constritiva do Juízo impetrado, em vista das circunstâncias concretas encontradiças nos autos.

4. Ordem conhecida, porém denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime nº. 0075408-38.2012.8.06.0000, de Fortaleza, em que é impetrante Paulo Sérgio Ripardo, paciente Francisco Igor Figueiredo Silva, e impetrado o Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal de Fortaleza.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido de habeas corpus, para denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de pedido de Habeas Corpus, com requesto de medida liminar, impetrado em favor de FRANCISCO IGOR FIGUEIREDO SILVA, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 11ª Vara Criminal de Fortaleza.

Assevera o impetrante que o paciente foi sentenciado como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 288, ambos do Código Penal brasileiro, sendo-lhe aplicada a pena de 11 (onze) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, havendo a interposição do respectivo recurso apelatório.

Aduz que, ao prolatar a sentença, o Juízo a quo negou ao paciente o direito de apelar em liberdade, carecendo o decisum, contudo, da fundamentação necessária, não apresentando quaisquer elementos ou circunstâncias de perigo à ordem social. Reputa, ainda, estarem ausentes os requisitos do art. 312, do CPP.

Afirma que o paciente esteve preso por mais de cinco anos, em virtude da ação de origem, sendo beneficiado no ano de 2010 com alvará de soltura da lavra do Superior Tribunal de Justiça, respondendo então à instrução em liberdade.

Requer o deferimento in limine da ordem, expedindo-se o competente salvo-conduto em prol do paciente e determinando-se a revogação do decreto de prisão. No mérito, pugna pela procedência do writ, a fim de que o paciente aguarde solto o julgamento do recurso de apelação.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência de seus requisitos autorizadores (fl. 59)

Comparecendo aos autos, o Juízo de Direito demandado apresentou relatório circunstanciado do feito de origem, comunicando a condenação imposta ao paciente pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, incisos I e II, a art. 288, parágrafo único, c/c o art. 69, todos do Código Penal, ressaltando que foi decretada sua prisão preventiva em função de sua periculosidade, a fim de assegurar a ordem pública, destacando o modus operandi do fato delituoso, no qual foi tomado de assalto o veículo de propriedade da vítima, ocorrendo, ainda, tiroteio entre o paciente e seu comparsa e policiais militares durante a fuga (fls. 62/63).

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pela denegação da ordem (fls. 69/72).

É o relatório.

A impugnação sub oculi busca obter êxito sob o argumento de ser desfundamentada a decisão do Juízo impetrado que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade, alegando-se, igualmente, a ausência dos requisitos do art. 312, do CPP, e que este não permaneceu preso durante toda a instrução processual.

Pois bem. O exame direto da decisão guerreada revela que a Juíza a quo deixou de conceder ao réu/paciente o direito de apelar em liberdade por vislumbrar presentes os requisitos da prisão preventiva, fazendo correspondência entre a necessidade de encarceramento e o regime prisional determinado na sentença, conforme se constata do excerto a seguir transcrito, in verbis:

> "[...] Quanto ao acusado **FRANCISCO IGOR FIGUEIREDO SILVA,** recebeu alvará de soltura, conforma habeas corpus nº 178171/CE, registro nº 2010/0122543-8, às fls. 970, contudo, diante do regime inicialmente fechado a que foi condenado, e de ser um réu contumaz na pratica delituosa representando um perigo sério à ordem pública, não concedo o direito do réu de apelar em liberdade e **decreto assim a sua prisão preventiva em nome da ordem pública e para assegurar a aplicação da Lei penal, tendo em vista também o disciplinamento da nova Lei nº 12.403 que modificou o Código de Processo Penal Brasileiro.** O conteúdo do presente julgamento reafirma os fundamentos e a necessidade da prisão cautelar. Revigoro, aqui e agora, os efeitos da prisão ante tempus do apenado **FRANCISCO IGOR FIGUEIREDO SILVA, para que preso aguarde o trânsito em julgado desta decisão.** [...]" (fl. 45 – grifos no original).

Por sua vez, em seus informes, o Juízo monocrático ratifica o entendimento consignado ao tempo da condenação, distinguindo a periculosidade do sentenciado com esteio no modus operandi do fato delituoso, no qual houve tiroteio entre o réu, um comparsa e policiais militares, salientando, ainda, os indícios que o apontam como "membro de um bando, cujo propósito é o de praticar crimes contra o patrimônio".

Pelo que denotam as informações constantes da sentença condenatória, a qual compõe basicamente a documentação coligida aos fólios pelo impetrante, além de certidão narrativa e de termos de interposição de recurso, o paciente registra outro processo pelo delito de roubo na Comarca de Caucaia, situação que, somada aos indícios noticiados pelo Juízo a quo de que o acusado integra bando criminoso, bem como ao modo de execução da prática criminosa tornam patente a necessidade de acautelamento do meio social para a garantia da ordem pública, considerando a personalidade do paciente voltada para o cometimento de ilícitos penais.

Com efeito, não obstante seja defeso o cumprimento antecipado da pena imposta na sentença condenatória, cabe ao Juiz, no ensejo do oferecimento da prestação

jurisdicional final, decidir, fundamentadamente, sobre a manutenção ou imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar ao condenado, consoante estabelece o art. 387, parágrafo único, do CPP.[1]

A ausência do trânsito em julgado da sentença condenatória não impede seja o réu recolhido à prisão, quando estiverem presentes quaisquer das situações de periculum libertatis previstas no art. 312, do CPP, não significando sua custódia o cumprimento antecipado da pena infligida, já que referida prisão tem natureza cautelar.

Sob tal prisma, e em vista das circunstâncias concretas encontradiças nos autos, mostra-se absolutamente idônea a fundamentação que embasa a decisão constritiva do Juízo impetrado, prolatada em harmonia com a jurisprudência pátria, senão vejamos:

> **STJ – HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA AO PACIENTE DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DE CONDUTAS CRIMINOSAS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ORDEM DENEGADA. 1. A circunstância de o réu ter respondido ao processo em liberdade não obsta lhe ser negado o benefício de apelar solto, quando a prisão preventiva, em sede de sentença penal condenatória, é justificada em sua real indispensabilidade, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. 2. Embora tenha o Paciente respondido solto ao processo, a negativa do apelo em liberdade encontra-se devidamente fundamentada, uma vez que restou apurado, durante a instrução, seu profundo envolvimento com o mundo do crime, sobretudo com o tráfico de drogas, o que demonstra a necessidade de se preservar a ordem pública e evitar, assim, a reiteração e a continuidade da atividade ilícita.** 3. Ordem denegada. (Grifos nossos). (HC 174572/SP - Quinta Turma, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 14/04/2011, Publicação: DJe 04/05/2011).
>
> STJ – HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA TOTAL: 19 ANOS, 5 MESES E 15 DIAS DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL FECHADO. PACIENTE PRESO PREVENTIVAMENTE E SOLTO POR EXCESSO DE PRAZO. **SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE DECRETOU NOVAMENTE A PRISÃO PREVENTIVA EM RAZÃO DOS MAUS ANTECEDENTES, PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES E PERICULOSIDADE DO PACIENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** PACIENTE QUE VOLTOU A PRATICAR CRIME DURANTE O PERÍODO QUE FICOU

1 **Art. 387 – do CPP.**O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...]
Parágrafo único. O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta.

EM LIBERDADE. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. **1. A negativa de permitir ao paciente recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada pelo Juízo singular com suporte nos maus antecedentes, na personalidade voltada para o crime e na periculosidade.** 2. Ademais, consta do acórdão impugnado que o paciente, solto em 18.12.2009 por excesso de prazo na instrução criminal, voltou a praticar crime. **3. A possibilidade concreta de reiteração de condutas delituosas, por demonstrar que a personalidade mostra-se voltada para o cometimento de delitos, autoriza o Juiz, ao prolatar a sentença condenatória, negar o direito de o réu apelar em liberdade, para garantia da ordem pública, ainda que tenha respondido ao processo em liberdade. Precedentes: HC 77.515/GO, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJU 03.12.07 e HC 85.512/DF, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 29.10.07.** 4. Ordem denegada, em conformidade com o parecer ministerial. (Grifos nossos). (HC 180532/DF – Quinta Turma, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Julgamento: 26/10/2010, Publicação: DJe 22/11/2010).

TJRS - HABEAS CORPUS. REU PRESO DURANTE PARTE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CRIME GRAVE. **ROUBO MAJORADO. REINCIDENCIA. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. Em que pese o paciente tenha respondido parte da instrução criminal solto, condenado pela suposta prática do crime de roubo majorado, sendo reincidente, não deve ter o direito, objetivando garantir-se a ordem pública, de aguardar eventual recurso em liberdade. Ordem denegada. (Grifos nossos).** (Habeas Corpus Nº 70043508365, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Gaspar Marques Batista, Julgado em 11/08/2011)

TJDF - HABEAS CORPUS. PACIENTE QUE RESPONDEU SOLTO AO PROCESSO, CONDENADO POR INFRAÇÃO AO ART. 157, § 2º, I E II, DO CÓDIGO PENAL. **PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA NA SENTENÇA - POSSIBILIDADE. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORDEM DENEGADA. Se o paciente faz do crime meio de vida, eis que, quando sentenciado o feito, sua folha de antecedentes penais já registrava três condenações por crimes contra o patrimônio, justificada está excepcionalidade da prisão, hipótese em que a decisão que nega ao sentenciado a possibilidade de apelar em liberdade não constitui constrangimento ilegal.** (Grifos nossos). (Acórdão n. 552101, 20110020220169HBC, Relator ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª Turma Criminal, julgado em 24/11/2011, DJ 09/12/2011 p. 174)

Nessas condições, conheço do pedido de habeas corpus, mas para denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 16 de julho de 2012.

Habeas Corpus Crime nº. 0076633-93.2012.8.06.0000
Impetrante: Darlan Michelles Pereira Monteiro
Paciente: Carlos Marcio da Silva
Impetrado: Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Fortaleza
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA:PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. INFRAÇÃO AO ART. 155, §4º, IV. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. ALEGAÇÃO DE INEXISTIREM FUNDAMENTOS CONCRETOS PARA A CUSTÓDIA CAUTELAR DO PACIENTE. INOCORRÊNCIA. DECISÃO COM BASE EM ELEMENTOS CONCRETOS INDICATIVOS DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS, BEM COMO EM VIRTUDE DA REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÃO CONDIÇÕES SUBJETIVAS FAVORÁVEIS. IMPROCEDÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. O Juízo monocrático, ao decidir pela prisão preventiva do acusado, e, posteriormente, ao indeferir o pleito de liberdade provisória, reconheceu evidenciados nos autos a prova da existência do crime e os indícios suficientes da autoria, tendo em vista a prova indiciária amealhada no inquérito policial.

2. Pelo que se percebe do ato impugnado, a autoridade impetrada proferiu seu decisum alicerçada no fato de responder o paciente a outro processo da mesma natureza, e mesmo tendo sido beneficiado com a sua soltura, voltou a delinquir, tanto que fora preso em flagrante pela prática do mesmo crime, consolidando orientação no sentido de manter a segregação preventiva com esteio na ordem pública.

3. A situação específica e concreta do paciente, que, comprovadamente, é contumaz na transgressão das normas penais, apesar de, inclusive, já ter sido beneficiado anteriormente com ordem de habeas corpus, dá supedâneo à decisão objurgada e permite, licitamente, inferir a presença de um dos pressupostos da prisão cautelar na sua modalidade preventiva, qual seja a manutenção da ordem pública.

4. Não bastasse isso, relevante a arguição do juízo coator no que tange ao fato de ter informado o paciente, quando interrogado perante à autoridade policial, que residia no Estado do Pará, na cidade de Ananideu, todavia, a fim de viabilizar o pedido de liberdade provisória, acostou ao pleito comprovante de residência desta Comarca de Fortaleza, levando o magistrado a indeferir o pedido de liberdade provisória em face também dos possíveis embaraços que esse fato pode causar à persecução penal.

5. Tais indicativos, presentes no caso concreto, configuram motivação bastante para justificar a manutenção de sua constrição cautelar, caracterizando a situação de periculum libertatis preconizada no art. 312, do CPP, evidenciada na necessidade de se garantir a ordem pública.
6. Portanto, diante da situação concreta dos autos, a conclusão a que chegou o Juiz a quo mostrou-se plausível e coerente, não havendo que se falar em carência de fundamentação na decisão impugnada, prolatada com vistas a acautelar o meio social.
7. Ordem conhecida, porém denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus Crime nº. 0075579-92.2012.8.06.0000, de Fortaleza, em que é impetrante Francisco Ronaldo Pinho Coelho Júnior, paciente Francisco Nazaré Cavalcante Feitosa, e impetrado Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal de Fortaleza.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do pedido de habeas corpus, mas para denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Trata-se de pedido Habeas Corpus liberatório, com requesto de medida liminar, impetrado em favor de CARLOS MÁRCIO SILVA, preso em flagrante delito no dia 07.05.2012 por suposta infração do crime tipificado no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal brasileiro.

Alega o impetrante que a decisão que indeferiu o pedido de liberdade provisória da paciente, intentado perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Fortaleza, é desfundamentada, não tendo demonstrado as razões para a denegação ou a necessidade da segregação cautelar, satisfazendo-se somente na vulnerabilidade da ordem pública.

Requer o deferimento da liminar, com a expedição do competente Alvará de Soltura, e, no mérito, a concessão da ordem em definitivo, a fim de que o paciente possa responder em liberdade ao processo no primeiro grau de jurisdição.

Juntou a documentação de fls.15/55.

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores.

Notificado para apresentar seus informes, o Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal de Fortaleza comunicou a situação e marcha do processo. No ensejo, informou sobre o histórico criminal do paciente, que responde a outro processo por crime de furto qualificado perante o Juízo da 9ª Vara Criminal de Fortaleza, em sede do qual já havia sido beneficiado com a restituição de sua liberdade, afirmando, no alvitre, que a manutenção do cárcere escora-se também no fato de o paciente residir em outra cidade e Estado da federação (Ananindeua – PA), situação que pode implicar em transtorno para instrução criminal.

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer no sentido da denegação da ordem, por inexistir o pretendido constrangimento ilegal, devendo ser mantida a custódia da paciente.

É o relatório.

A impetração sub oculi desenvolve-se essencialmente sobre o fundamento de que a decisão de indeferimento da liberdade provisória do paciente foi exarada com base na garantia da ordem pública, sem, no entanto, haver qualquer demonstração concreta da necessidade da medida.

A fundamentação constante da decisão objurgada deu-se nos seguintes termos, verbis:

> "[...] Da análise minuciosa da documentação acostada aos autos, verifica-se que o requerente responde a um processo por furto qualificado em feito que tramita na 9ª Vara Criminal, tendo sido liberado mediante ordem de habeas corpus impetrado perante à Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (certidão de fl.28). Voltou a ser preso em flagrante novamente pelo mesmo motivo.
> […]
> Mister se faz reconhecer a necessidade da garantia da ordem pública, posto que o réu em liberdade, devido a sua reiteração delitiva, demonstra, prima facie,não saber viver de maneira ordeira e pacífica no meio social, preenchendo, destarte, algum dos requisitos previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.
> Frise-se, ainda, que o suplicante ao ser interrogado pela autoridade policial (fl.47), mencionou que residia na cidade de Ananindeu-PA. No entanto, anexou ao pedido, comprovante de residência desta comarca, situação que pode implicar em sérios inconvenientes para instrução criminal, bem como insegurança quanto à aplicação da lei penal, em caso de possível condenação.
> Portanto, diante da problemática reportada no parágrafo anterior, do histórico criminal, as circunstâncias da prática delituosa e as consequências que se abatem sobre a sociedade profundamente cética com suas instituições, com a profusão de atos desse naipe que afrontam acintosamente o crédito que ainda dispõe a Justiça, justificam os motivos para tomada da medida extrema, pois inibem aqueles que, em liberdade, continuem delinquindo, confiante na sua impunidade, justificando-se, por conseguinte, o decreto prisional em seu desfavor e inviabilizando aplicação de medidas cautelares dispostas no art.319 do CPP[…]."

Pelo que se percebe do excerto transcrito, a autoridade impetrada proferiu seu decisum alicerçada no fato de responder o paciente a outro processo da mesma natureza, e mesmo tendo sido beneficiado com a sua soltura, voltou a delinquir, tanto que fora preso em flagrante pela prática do mesmo crime, consolidando orientação no sentido de manter a segregação preventiva com esteio na ordem pública.

A situação específica e concreta do paciente, que, comprovadamente, é contumaz na transgressão das normas penais, apesar de, inclusive, já ter sido beneficiado

anteriormente com ordem de habeas corpus, dá supedâneo à decisão objurgada e permite, licitamente, inferir a presença de um dos pressupostos da prisão cautelar na sua modalidade preventiva, qual seja a manutenção da ordem pública.

Não bastasse isso, relevante a arguição do juízo coator no que tange ao fato de ter informado o paciente, quando interrogado perante à autoridade policial, que residia no Estado do Pará, na cidade de Ananideu, todavia, a fim de viabilizar o pedido de liberdade provisória, acostou ao pleito comprovante de residência desta Comarca de Fortaleza, levando o magistrado a indeferir o pedido de liberdade provisória em face também dos possíveis embaraços que esse fato pode causar à persecução penal.

No mais recente processo a que responde, no qual fora indeferido seu pedido de liberdade provisória, paira sobre o réu/paciente a acusação de, juntamente com mais dois comparsas, ter praticado furto no interior da Agência do Banco do Brasil, localizada na Av. Imperador, nesta Capital, quando subtraíram uma carteira contendo pertences, cartões de crédito e documentos de uma funcionária da instituição financeira, sendo relevante mencionar que a sua reiteração criminosa, ao que parece, transcende esta unidade federativa, porquanto, conforme noticiado no parecer do Promotor de Justiça oficiante na 1ª Vara Criminal de Fortaleza, o paciente responde a processo no Estado do Pará, o que ensejou a expedição de Cartas Precatórias por meio das quais solicitou-se certidão de antecedentes criminais do paciente.

Portanto, diante da situação concreta dos autos, a conclusão a que chegou o Juiz a quo mostrou-se plausível e coerente, não havendo que se falar em carência de fundamentação na decisão impugnada, prolatada com vistas a acautelar o meio social.

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência das Cortes Superiores:

> STJ - CRIMINAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. FURTO TENTADO. LIBERDADE PROVISÓRIA. REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR EM GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VISLUMBRADO. RECURSO DESPROVIDO.
> I. A prisão cautelar 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 definitiva.
> II. Paciente que possui três condenações por delitos de furto, além de figurar como réu em diversas ações penais em tramitação. Verifica-se, dessarte, ser praticante contumaz em crimes contra o patrimônio.
> III. Indeferimento do pleito de liberdade provisória que não foi fundado em meras suposições e probabilidades a respeito de eventual reiteração da prática delitiva, pois, demonstrado que o paciente ostenta personalidade voltada para a prática delitiva, o que obsta a revogação da medida constritiva para

garantia da ordem pública.
IV. Havendo elementos hábeis a justificar a prisão do réu, não há ilegalidade na decisão que indeferiu o pleito de liberdade provisória, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal e da jurisprudência dominante. Precedentes.
V. Recurso desprovido. (RHC 28755/MG - QUINTA TURMA, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento: 07/04/2011, Publicação: DJe 26/04/2011).

STJ - HABEAS CORPUS. FURTO DUPLAMENTE QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. REITERAÇÃO DELITIVA. RISCO CONCRETO. ORDEM PÚBLICA. RESIDÊNCIA FIXA NO DISTRITO DA CULPA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. GARANTIA DE APLICAÇÃO DA LEI PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
1. Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada, com base em elementos concretos dos autos, de risco efetivo de reiteração delitiva, haja vista que os pacientes respondem a diversos outros delitos patrimoniais, tornando necessária a imposição da medida constritiva para a garantia da ordem pública, diante da real possibilidade de que, soltos, voltem a delinquir.
2. Verificado que os pacientes não residem no distrito da culpa, bem como que respondem a variadas ações penais em comarcas distintas do Estado, evidenciada está a imprescindibilidade de mantença da custódia cautelar também para assegurar a aplicação da lei penal.
3. Ordem denegada. (HC 165721/SC - QUINTA TURMA, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 07/12/2010, Publicação: DJe 01/02/2011).

STF – HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. PRISÃO PREVENTIVA PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES DE FURTO QUALIFICADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. 1. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO DA PRISÃO. MATÉRIA QUE PARA SER APRECIADA DEMANDARIA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTO PARA A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO PACIENTE. POSSIBILIDADE DE REITERAÇÃO DELITIVA: MOTIVAÇÃO IDÔNEA. PRECEDENTES.
1. Alegação de excesso de prazo que não foi examinada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao proferir o julgado objeto da impetração no Superior Tribunal de Justiça. Matéria que para ser apreciada demandaria dupla supressão de instância.
2. Decreto de prisão preventiva devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, considerada a participação do Paciente em quadrilha responsável pela prática de 98 furtos de caminhões, entre outros delitos, e a possibilidade objetiva de reiteração delituosa, que não é desmentida pelos elementos constantes dos autos.
3. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, ordem denegada.

> (HC 104077/RS – Primeira Turma, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Julgamento: 26/10/2010, Publicação: DJe 24/11/2010).
>
> STF – HABEAS CORPUS. DIREITO PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. PRESENÇA DE MOTIVOS CONCRETOS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. APROFUNDADA ANÁLISE DE FATOS E PROVAS. VIA INADEQUADA. EXCESSO DE PRAZO NA SEGREGAÇÃO. TEMA NÃO ABORDADO NAS INSTÂNCIAS ANTERIORES. ORDEM DENEGADA.
> 1. O paciente é acusado de integrar uma quadrilha especializada na clonagem de cartões de crédito.
> 2. A decretação da prisão cautelar amparou-se em fatos graves observados na investigação criminal, notadamente pelo modus operandi da empreitada criminosa.
> 3. A garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos. Precedentes.
> 4. A alegação de o paciente não ter sido preso utilizando cartão clonado não pode ser objeto de análise na via estreita do habeas corpus, porquanto importaria em exame aprofundado do conjunto fático-probatório. Precedentes.
> 5. O suposto excesso de prazo na custódia do paciente não foi objeto de análise perante o STJ, e conhecer desse tema nesta Suprema Corte implicaria indevida supressão de instância.
> 6. Writ parcialmente conhecido e denegado. (HC 102971/RJ – Segunda Turma, Relatora: Min. ELLEN GRACIE, Julgamento: 29/03/2011, Publicação: DJe 05/05/2011).

Nessas condições, conheço do pedido de habeas corpus, mas para denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 16 de julho de 2012

Nº 15644-63.2008.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (de Fortaleza)
IMPETRANTE: MAURÍCIO DE MELO BEZERRA
PACIENTE: FRANCISCO CARLOS NOGUEIRA DA SILVA
IMPETRADOS: JUIZ DE DIREITO DA VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS DE FORTALEZA E JUIZ DE DIREITO DA VARA DA AUDITORIA MILITAR DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Toca ao Juízo da Vara das Execuções Criminas apreciar pedido de progressão de regime prisional, nos termos do art. 66, III, letra "b", da LEP.
-Ordem concedida, e tão-somente, para que o Juiz da Vara de Execuções Penais avoque os autos, redistribuídos para a Vara da Auditoria Militar, em face do paciente encontrar-se recolhido em Quartel da Polícia Militar, e aprecie, como deve e convém, o requerimento de progressão de regime prisional do coacto, sob pena de responsabilidade.
-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Condenado à pena de cinco anos de reclusão, regime fechado, por tráfico de drogas e a mais um ano de detenção por posse ilegal de arma de fogo, diz o impetrante que o paciente, cabo da polícia militar, ingressou com pedido de progressão de regime prisional na Vara de Execuções Criminais, o qual não foi examinado pelo juiz titular, ao argumento de que o feito deveria ser deslocado para a Vara da Auditoria Militar, suscitado, daí, o conflito de competência, pelo que o paciente aguarda recolhido o desate da quaestio, por mais tempo do que preconizado pela LEP, alega o causídico, de vez que o processo estagnou, em face da indefinição de qual autoridade judiciária é competente para apreciar o pedido do coacto, consubstanciada, daí, manifesta coação ilegal, sanável via writ.

Liminar indeferida.

Com informações dos juízes impetrados e parecer da PGJ pela concessão da ordem impetrada.

É o relatório.

2 – Da prisão, 5 de setembro de 2005, a este dia, 30 de setembro de 2008, mais de três anos decorridos, paralisado o processo do paciente por incidente a que ele, ou a sua defesa, não deram causa. Arbitrária, de logo se intui, a privação da liberdade individual nessa insólita situação, a despeito de os autos do conflito de competência já terem sido recebidos nesta alçada para sua dirimência.

Com efeito.

Os pedidos de progressão de regime prisional, é correntio, devem ser formulados perante o Juízo da Vara das Execuções, a quem cabe a análise do eventual preenchimento, pelo condenado, dos requisitos objetivos e subjetivos necessários à concessão desses benefícios, e isto está bem definido pela letra "b" do inc. III do art. 66 da LEP, verbis:

> "cabe ao juiz da execução decidir sobre a progressão ou regressão nos regimes de cumprimento da pena" (Mirabete, Júlio Fabbrini. Execução Penal. São Paulo : Atlas, 1996, p. 177).

Coadjuvação jurisprudencial:

> "O pedido de progressão de regime de cumprimento da pena deve sere formulado ao Juiz da Execução, que é a autoridade a que compete examiná-lo originalmente" (STF, 1ª T., HC 73.231-3/SP, DJU de 29/03/1996, p. 9.346).

Tanto é assim, que o dr. Juiz de Direito da Vara das Execuções Criminais de Fortaleza, examinou e deferiu, a 18 de dezembro de 2007, um pedido de progressão, do regime fechado para o semi-aberto, a favor do paciente, todavia, ao receber um novo pedido de progressão da reprimenda, o referido magistrado, equivocadamente, declinou de sua competência, e pior, sem qualquer fundamentação jurídica, entendeu que o pedido deveria ser apreciado pelo juiz da Auditoria Militar em face do paciente encontrar-se recolhido em quartel da PM.

Ordem concedida, e tão-somente, para que o Juiz da Vara de Execuções Penais avoque os autos e aprecie, como deve e convém, o requerimento de progressão de regime prisional do coacto, sob pena de responsabilidade.

Nada mais a dizer.

3 – Nessas condições, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conceder a ordem impetrada para determinar ao Juiz da Vara de Execuções Criminais que avoque os autos ao Juízo da Vara da Auditoria Militar e aprecie, como deve e convém, o pedido de progressão de regime do paciente, sob pena de responsabilidade, tudo nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 30 de setembro de 2008.

HABEAS CORPUS CRIME Nº 0076992-43.2012.8.06.0000
IMPETRANTE : JOSÉ GENILDO REGES DE SOUSA
PACIENTE: EMERSON ENRILE AGAPTO DE SOUSA
IMPETRADO : JUIZ DE DIREITO DA COMARCA VINCULADA DE ANTONINA DO NORTE/CE
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO QUALIFICADO – PRISÃO EM FLAGRANTE – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – RISCO DE FUGA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 121, c/c art. 29, todos do Código Penal. A prisão preventiva encontra-se suficientemente fundamentada em face das circunstâncias do caso concreto, a indicar a necessidade de sua segregação.

2. A instrução criminal obedece aos critérios estabelecidos para o trâmite processual, respeitando o principio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, LXXVII, da Constituição Federal, o que afasta a alegação de constrangimento ilegal.

3. Ademais, diante da gravidade do delito praticado e estando devidamente evidenciado o risco de fuga, impõe-se a manutenção da prisão cautelar.

4. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido liminar, impetrado em favor de EMERSON ENRILE AGAPTO DE SOUSA, pela prática do art. 121, c/c art. 29, todos do CPB, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da Comarca Vinculada de Antonina do Norte/CE.

O impetrante pugna pelo relaxamento da prisão do acusado, ao argumento de que há, no caso dos autos, excesso de prazo na formação da culpa

Informações da autoridade dita coatora às fls. 24/25, apontando que o feito tem tramitação regular.

Liminar indeferida às fls. 21.

Às fls. 26/29, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

Como visto, o que motiva a impetração é a alegação de possível excesso de prazo na instrução criminal.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, seria gerador de ilegal constrangimento, haja vista o excesso de prazo na formação da culpa. Alega o impetrante que o paciente permanece preso por 599 dias, sem que tenha sequer iniciada a instrução do feito, pelo suposto cometimento do crime de homicídio qualificado.

No presente caso, eis as explicações fornecidas pela autoridade judiciária de primeiro grau:

> "(...) capturado em 31 de julho de 2011, estando preso desde então (…) Em razão da nova prisão, o acusado ajuizou novo pedido de liberdade provisória (…) Nos autos principais da ação penal, com denúncia oferecida em 24/08/2011, foi concluída toda a instrução processual (...)" (fls. 24/25)

No momento, a instrução processual encontra-se concluída, eis que o Ministério Público apresentou memoriais finais (em 27/07/2012), aguardando apenas a intimação da defesa, para que esta apresente as alegações finais (fls. 25).

Busca o impetrante a liberdade do paciente, sob o argumento de que sofre constrangimento ilegal, haja vista o excesso de prazo na formação da culpa.

No entanto, extrai-se das informações da autoridade impetrada (fls. 24/25) que o total de dias de prisão alegados, não correspondem à verdade, bem como que a prisão preventiva se justifica pela natureza do delito grave e por haver risco de fuga, uma vez que o acusado já se ausentara do distrito da culpa.

Noticiou a autorizada impetrada que, após a prisão em flagrante do paciente, a defesa ajuizou pedido de liberdade provisória, que foi deferido em 22/02/2011. No entanto, em maio do mesmo ano, este foi novamente preso em flagrante, permanecendo recolhido até o dia 08/07/2011, data em que o mesmo fugiu da Cadeia Pública daquela comarca, sendo, finalmente, capturado no dia 31 de julho de 2011.

Verifica-se, portanto, que a instrução criminal está tendo tramitação regular, devendo ser consideradas as peculiaridades do caso, as quais justificam o excesso de prazo para o término do procedimento de formação da culpa. Além disso, o prazo para encerramento deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, não havendo vinculação peremptória por não se restringir a simples soma aritmética de prazos legais.

O argumento não colhe o proveito aspirado, uma vez que o feito tem razoável andamento. Ante ao exposto, não há que se falar em constrangimento ilegal quando evidenciada a imprescindibilidade da segregação preventiva para a garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado, bem demonstrado pelo modus operandi empregado. Nesse sentido, confira-se precedente:

> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXCESSO DE PRAZO PARA O TÉRMINO DA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DO TRIBUNAL DO JÚRI. CIRCUNSTÂNCIAS EXCEPCIONAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PRAZO PREVISTO NO ARTIGO 412 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TERMO A QUO NA DATA DE APRECIAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR.
> 1. A arguição de excesso de prazo deve ser aferida dentro dos limites da razoabilidade e considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar o trâmite da ação penal, o que justificaria uma maior demanda de tempo na sua conclusão. A emenda pelo MP na Denúncia deve atender ao Contraditório e como tal intimados para responder, devem os Indiciados responder no prazo legal e se quedando inerte um dos Acusados, não pode a Defesa alegar excesso de prazo. Inteligência da Súmula 64 do STJ.
> 2. O prazo para o término da primeira fase do procedimento do Tribunal do Júri, previsto no art. 412 do CPP, inicia-se com a apreciação da defesa preliminar.
> 3. A alegação de excesso de prazo fica superada se este ainda não se encerrou nem se encerrará até a data designada para audiência de instrução e julgamento.
> 4. Ordem denegada. (Acórdão n. 474163, 20100020205725HBC, TJDFT, Relator ALFEU MACHADO, 2ª Turma Criminal, julgado em 20/01/2011, DJ 26/01/2011 p. 167)

Por fim, ressalte-se que, diante da natureza do crime imputado ao paciente e das circunstâncias em que foi praticado, não se vislumbra a adequação de outras medidas cautelares, apresentando-se a prisão como medida necessária.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, razão pela qual conhece-se a presente ordem, porém para denegá-la.

Fortaleza, 13 de setembro de 2012.

Processo: 0077339-76.2012.8.06.0000 - Habeas Corpus
Impetrante: Defensoria Pública do Estado do Ceará
Paciente: Sally Ester Gomes Lopes
Impetrado: Juiz de Direito da 3ª Vara de Execuções Penais de Fortaleza
Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. APENADA QUE OBTEVE O BENEFÍCIO DA PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA EM CONDIÇÕES INADEQUADAS EM FACE DE INEXISTÊNCIA DE UNIDADE CARCERÁRIA PRÓPRIA ÀS CONDIÇÕES DO REGIME MENOS RIGOROSO. CONSTRANGIMENTO EVIDENCIADO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. ORDEM CONCEDIDA.

1 – A teor do entendimento das Cortes Superiores, tem-se admitido a concessão de prisão domiciliar ou albergue aos condenados que foram promovidos a regime intermediário - semiaberto, e não encontram vagas em estabelecimento adequado às condições próprias do regime menos rigoroso. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.

2 – Ordem concedida a fim de assegurar à paciente o cumprimento da pena em regime semiaberto, ou, não sendo possível, seja, de imediato transferida para o regime aberto, admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em CONCEDER a ordem, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 3 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pela Defensora Pública Marta Maria Gadelha Monteiro em favor de Sally Ester Gomes Lopes, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 3ª da Vara de Execuções Penais da Comarca de Fortaleza.

Consta dos autos que a paciente cumpre pena de 7 anos e 13 dias de reclusão. Alcançado o lapso temporal exigido pela legislação, foi ela beneficiada com a

progressão ao regime semiaberto.

Alega-se na impetração, em síntese, que a paciente vem sendo alvo de constrangimento ilegal, pois mantida em estabelecimento prisional inadequado ao cumprimento da pena no regime intermediário – semiaberto – a que progrediu, diante da inexistência de vaga em unidade penal adequada.

A Defesa ingressou com pedido de prisão domiciliar, que restou indeferido pela autoridade impetrada.

Daí o presente writ onde se requer a concessão da ordem a fim de que seja concedida a benesse legal.

A liminar foi indeferida, conforme decisão acostada às fls. 25.

Informações prestadas pela autoridade impetrada às fls. 34/35.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 38/42, manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Conforme relatado, o presente habeas corpus fora impetrado para combater suposto constrangimento ilegal imposto à paciente, sob o argumento de que vem cumprindo sua reprimenda em local inapropriado às condições próprias do regime prisional a que está submetida – semiaberto, diante da inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado.

Postula-se, assim, em suma, a concessão da prisão domiciliar em favor da paciente.

A decisão hostilizada se deu nos seguintes termos (fls. 15):

> "(...).
> No que diz respeito ao pedido de prisão domiciliar, este não merece ser recepcionado por este Juízo, primeiro, por carecer de previsão legal e, segundo, por possuir o estabelecimento penal feminino ala adequada ao cumprimento da pena em regime semiaberto.
> (…)"

Ora, ao que se vê dos autos, a apenada foi beneficiada com progressão para regime mais brando (semiaberto), permanecendo, contudo, na mesma unidade prisional – Instituto Penal Feminino Desa. Auri Moura Costa - onde vem cumprindo sua pena em condições idênticas às do regime fechado, em razão da falta de estabelecimento adequado.

A informação constante do ofício oriundo da unidade carcerária explicita, de maneira bem clara, a atual condição em que se dá o cumprimento da pena imposta à paciente, litteris:

> "(...).
> b) A direção do IPFDAMC vem informar que nesta unidade prisional encontram-se atualmente 39 detentas beneficiadas como o regime semi-aberto. (Relação em anexo). Informo ainda que as beneficiadas acimas encontram-se na ala "C", porém, na unidade prisional, contrariando a Lei de Execução Penal como prevê o Art. 91.
> c) A Ala "C" destinada a detentas do semi-aberto possui 30 celas onde cada cela abriga 02 detentas, ocorre que aos finais de semana, detentas do trabalho externo continuam tendo que se recolher aos finais de semana e assim ocupando vagas que poderiam ser destinadas a novas detentas.
> d) Informo que na Ala "C" onde as detentas beneficiadas com o regime semi-aberto encontram-se não há nenhuma diferença das demais. Aliás, bem como as detentas que encontram-se julgadas no regime fechado poderão permanecer na referida Ala, por não haver nenhuma diferença, informo ainda que permanecem isoladas das demais detentas, privadas da liberdade, o que ocasiona em algumas detentas, privadas da liberdade, o que ocasiona em algumas detentas angústia, depressão, ansiedade e medo.
> d) A capacidade do IPFDAMC é de 374 detentas, com uma população carcerária acima do permitido e sendo a única penitenciária Feminina do Estado do Ceará, é inviável uma ala destinada ao regime semi-aberto onde poderia ser destinadas a novas detentas, como aponta o alto índice de criminalidade entre as mulheres.
> (…)" (fls. 18/19)

Percebe-se, assim, sem muito esforço, que a paciente vem cumprindo a pena em estabelecimento inadequado às condições do regime a que progrediu – semiaberto, conforme se abstrai dos documentos acostados aos autos e dos informes prestados pela autoridade impetrada.

Com efeito, é papel do Estado a implementação de condições adequadas para que se façam cumprir as penas impostas aos condenados nos exatos termos da condenação, configurando constrangimento ilegal a imposição de maior gravame ao apenado, exclusivamente, em razão de ausência de vaga em estabelecimento carcerário apropriado.

A orientação consolidada das Cortes Superiores é no sentido de que a permanência do apenado em regime mais rigoroso importa em constrangimento ilegal que deve ser cessado.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes julgados do STJ:

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO PARA O REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO. REGIME ABERTO DOMICILIAR. NATUREZA EXCEPCIONAL. POSSIBILIDADE.
> 1. Consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, inexistindo vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto, é legítima a adoção do regime aberto domiciliar, pois o apenado não pode cumprir a

> pena em local mais severo que o determinado na decisão executória.
> 2. Ordem concedida para permitir ao paciente, em caráter excepcional, que aguarde no regime aberto domiciliar o surgimento de vaga em estabelecimento adequado ao regime semiaberto. (HC 183.821/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 01/02/2012)

> CRIMINAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. PROGRESSÃO AO REGIME ABERTO. PACIENTE NÃO TRANSFERIDO AO ESTABELECIMENTO ADEQUADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. DETERMINAÇÃO DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME DOMICILIAR. ORDEM CONCEDIDA.
> I. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que, na falta de vagas em estabelecimento compatível ao regime fixado, configura constrangimento ilegal a submissão do apenado ao cumprimento de pena em regime mais gravoso, devendo o mesmo cumprir a reprimenda em regime aberto, ou em prisão domiciliar, na hipótese de inexistência de estabelecimento adequado.
> II. Deve ser cassado o acórdão recorrido para restabelecer a decisão proferida pelo Juízo da Vara das Execuções Penais de Caxias do Sul, permitindo ao paciente o desconto de sua reprimenda em prisão domiciliar, até que surja vaga em estabelecimento adequado ao regime aberto, exceto se por outro motivo estiver preso em regime mais severo.
> III. Ordem concedida, nos termos do voto do relator. (HC 198.994/RS, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 08/11/2011, DJe 17/11/2011)

No mesmo sentido já decidiu esta egrégia Corte de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PENAL FEMININO ADEQUADO AO REGIME SEMIABERTO. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONCEDIDA. I- A inexistência de estabelecimento adequado para o cumprimento da pena, admite que o apenado, agraciado com a progressão para o regime semiaberto, aguarde o surgimento de vaga em estabelecimento compatível com o regime semiaberto. Revela-se flagrante constrangimento ilegal a submissão do paciente a regime fechado, quando comprovado que o mesmo obteve o direito de progredir para o regime semiaberto. II- Ordem concedida para, caso não seja possível a transferência da paciente para o regime semiaberto, que aguarde, em regime aberto, o surgimento de vaga em estabelecimento próprio, salvo se por outro motivo não estiver presa. (HC 44510-13.2010.8.06.000, Rel. Juiz Convocado Inácio de Alencar Cortez Neto, julgado em 22/10/2010)

> HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO AO REGIME SEMIABERTO. AUSÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRÓPRIO PARA CUMPRIMENTO DE PENA. PERMANÊNCIA NO REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

> PRISÃO DOMICILIAR PROVISÓRIA. ORDEM CONCEDIDA. 1. Inexistindo estabelecimento próprio para o cumprimento do regime deferido (semiaberto) e, permanecendo a paciente em regime mais gravoso (fechado), resta evidenciado constrangimento ilegal sanável pelo writ, para promover, no caso, cumprimento da pena provisoriamente em prisão domiciliar, mediante condições especiais. Precedentes do STJ. 2. Preenchidos os requisitos do art. 112 da LEP e deferida a progressão de regime, não poderá o Juízo das Execuções Criminais condicionar sua permanência em regime mais gravoso do que ao que tem direito, pois a manutenção da paciente, a quem foi dado o direito de progredir para o regime semiaberto, em Presídio onde se encontra recolhida, lhe retiraria todo o estímulo para sua recuperação social, por tornar desproporcional o cumprimento da pena em face daquela que lhe foi imposta. 3. Ordem concedida. (HC 43289-92.2010.8.06.000, Rel. Des. Paulo camelo Timbó, julgado em 21/10/2010)

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, concedo a ordem, a fim de assegurar à paciente o cumprimento da pena em regime semiaberto, ou, não sendo possível, seja, de imediato transferida para o regime aberto, admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

É como voto.

Fortaleza, 3 de setembro de 2012.

Recurso Crime em Sentido Estrito

RSE. Nº: 0000635-43.2009.8.06.0124
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE MILAGRES/CE.
RECORRENTE: MAURICIO DIAS FERNANDES
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR. DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO: JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL – TJCE.

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO SIMPLES – PRONÚNCIA - DECRETO DA PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – RECURSO DEFENSIVO – IMPRONÚNCIA – INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NEGATIVA DE AUTORIA – DESPROVIMENTO.

Pronunciado nas tenazes do art. 121, *caput*, do Código Penal, pretende o recorrente a reforma do *decisum,* pugnando pela impronúncia, por ausência de indícios suficientes de autoria. Alternativamente, pugna pela revogação da prisão cautelar.

Na espécie, os relatos da mãe da vítima e de sua irmã, dão aporte a uma provável autoria delitiva em desfavor do pronunciado. A tese contrária não exsurgiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório, não havendo, portanto, que se falar em despronúncia.

A custódia cautelar foi decretada pelo juízo de primeiro grau, para garantia da ordem pública, diante do grau de periculosidade do agente, pois o mesmo, além de reincidente, registra, ainda condenação pela prática do delito previsto no art. 309, do CTB. Ademais já se encontra enclausurado preventivamente nos autos da Ação Penal n. 2905-06.2010.8.06.0124/0.

DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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.

Fortaleza-Ce., 07 / fev / 2012.

I - Relatório:

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por MAURICIO DIAS FERNANDES, inconformado com a decisão (fls. 96/100) que o pronunciou como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do CPB, submetendo-o a julgamento popular perante o Tribunal do Júri, por ter, segundo a acusação, no dia 12 de dezembro de 2008,

efetuado disparos de arma de fogo contra a vítima Fábio Júnior Agostinho Ribeiro, causando-lhe a morte.

Nas razões (fls. 103/120), a defesa busca a impronúncia, por ausência de indícios suficientes de autoria, sustentando que a pronúncia se baseou unicamente no contraditório e tendencioso depoimento da mãe da vítima. Requereu, ainda, a revogação da prisão preventiva, decretada para resguardar a ordem pública.

Ofertadas as contrarrazões (fls. 126/128) e mantida a decisão (fls. 129/30), subiram os autos.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e improvimento da irresignação (fls. 136/140).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

II – Voto :

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pronunciado nas tenazes do art. 121, *caput*, do Código Penal, pretende o recorrente a reforma do *decisum,* pugnando pela impronúncia, por carência de elementos bastantes de autoria. Alternativamente, pugna pela revogação da prisão cautelar.

Razão não lhe assiste.

Nos termos do art. 413 do CPP e, segundo pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, para a pronúncia, basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria ou participação no delito, não se exigindo certeza, esta indispensável, apenas para a condenação.

Assim já decidiu o STJ:

> "Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito (HC 95.731- RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª. TURMA, j. 19.06.2008)".

Entretanto, a impronúncia é admitida quando claramente demonstrada a inexistência do crime ou quando ausente qualquer sinal de autoria ou participação. Exegese do art. 414, do supramencionado Diploma Legal

A propósito, o entendimento do STJ:

> "[...] Apenas é possível a impronúncia do réu quando claramente demonstrada a inexistência do delito ou quando ausente qualquer indício de autoria delitiva" (STJ – 5ª. TURMA - HC N. 74.730-RJ, Rel. Min. Jane Silva – Desembargadora Convocada do TJMG, j. 04.10.2007)

Na vertência, a materialidade é incontroversa, estando evidenciada pelo

Auto de Exame Cadavérico (fls. 16/17).

Quanto à autoria, inobstante a negativa do acusado, há dados que o apontam como possível autor do homicídio.

Senão vejamos:

Francisca Agostinho Ribeiro, mãe da vítima, em seus depoimentos prestados em ambas as fases da persecução criminal, confirmou que ouviu do próprio filho, já baleado e pedindo socorro, que teria sido o "Mendinho", (apelido dado ao réu), o autor dos disparos efetuados contra sua pessoa.

Joana Darc Agostinho Ribeiro, irmã da vítima, relatou que ouviu comentários dando conta de que foi o recorrente quem assassinou seu irmão.

Malgrado a combativa defesa esforçar-se para desqualificar o depoimento da Sra. Francisca Agostinho, genitora do ofendido, não reconheço vícios em suas palavras, sendo válidas, como meio de prova.

Destarte, os relatos da mãe da vítima e de sua irmã, dão aporte a uma provável autoria delitiva em desfavor do pronunciado. A tese contrária não exsurgiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório, não havendo, portanto, que se falar em despronúncia.

A propósito, colaciono os seguintes julgados:

> RESE.HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO.
> Negativa de autoria. Materialidade – Elemento indiciário suficiente para concluir pela possibilidade de ter o recorrente cometido a conduta – Necessidade de submissão ao Conselho de Sentença – Qualificadoras presentes, pela mesma linha evolutiva.
> NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO (TJSP – R.S.E. N. 0004464-04.2006 – 3ª. CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 20.11.2011).
>
> […] Incabível a absolvição sumária ou impronúncia por negativa de autoria, havendo prova testemunhal nos autos que indicam a contribuição do recorrente para o desfecho do fato criminoso […] (TJDFT – 1a. Turma Criminal – RSE n. 20100310244438, Rel. Des. Jesuino Rissato, j. 08.11.2010).
>
> […] A impronúncia por negativa de autoria só é viável quando nenhum indício apontar para o suspeito. Havendo qualquer adminículo de prova nesse sentido, a pronúncia é imperativa (TJRS – 2ª. CÂMARA CRIMINAL – R.S.E. N. 70005576608 – Rel. Des. Walter Jobim Neto, j. 26.06.2003).

Destarte, ausente comprovação segura que permita a verificação incontroversa da tese sustentada pelo réu, a pronúncia é imperativa.

De igual modo, não merece prosperar o pedido de revogação da prisão cautelar. A custódia foi decretada pelo juízo de primeiro grau para garantia da ordem pública, diante do grau de periculosidade do acusado, pois o mesmo, além de reincidente,

registra, ainda, condenação pela prática do delito previsto no art. 309, do CTB. Ademais, conforme ressaltou o pronunciante, o recorrente já se encontra enclausurado nos autos da Ação Penal n. 2905-06.2010.8.06.0124/0.

Ensina Guilherme de Sousa (Código de Processo Penal, Ed. RT, 8ª. Edição, pág. 622) que a *"reiteração na prática criminosa é motivo suficiente para constituir gravame à ordem pública, justificador da prisão preventiva"*.

Por tais razões, mantenho o decreto da segregação provisória do recorrente, nos moldes em que lançado.

III – Dispositivo:

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, nego provimento ao recurso, mantendo na íntegra a decisão hostilizada.

É como voto.

Fortaleza-Ce.,07 / fev / 2012.

RSE. Nº: 1010-44.2005.8.06.0137/1
JUÍZO DE ORIGEM: 1ª. VARA DA COMARCA DE PACATUBA/CE.
RECORRENTE: LUCIANO CESAR AUGUSTO ANGELIM NUNES DA SILVA
RECORRENTE: RICARDO AUGUSTO ANGELIM
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR. DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO: JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL – TJCE.

EMENTA: PENAL – PROCESSUAL PENAL – TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO - PRONÚNCIA - RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A IMPRONÚNCIA POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO FATO E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA – NEGATIVA DE AUTORIA – LEGÍTIMA DEFESA - INVIABILIDADE – PEDIDO ALTERNATIVO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA DISPARO DE ARMA DE FOGO EM VIA PÚBLICA – IMPOSSIBILIDADE – QUALIFICADORA DA FUTILIDADE – EXTIRPAÇÃO – INACOLHIMENTO.

I - Para a pronúncia, basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria do delito, não se exigindo certeza, esta indispensável, apenas para a condenação.

II - Nos crimes de tentativa de homicídio por disparo de arma de fogo onde a vítima não é atingida – tentativa branca ou incruenta – não há que se falar na realização de perícia para comprovar a materialidade do fato, vez que inexiste corpo de delito a ser examinado, podendo a mesma ser verificada por outros meios de prova, como, por exemplo, a testemunhal.

III - Não há que se falar em impronúncia ou absolvição sumária por negativa de autoria, quando há declarações da vítima e de testemunha presencial, dando conta de que os inculpados dispararam em direção da primeira, sem, contudo, atingi-la.

IV - Inacolhível, ainda, a pretensão de absolvição sumária, com base na legítima defesa, pois a excludente de ilicitude invocada, não restou provada de forma segura, inconteste e inequívoca. Há indicativos de inimizade anterior entre acusados e vítima, afastando assim, suposta agressão injusta, atual e iminente.

V - Inviável, também, o pleito de desclassificação do delito para disparo de arma de fogo em via pública, pois, neste momento, é impossível afirmar, com segurança, a inexistência de *animus necandi* nas condutas dos réus, sobretudo, considerando a letalidade dos meios empregados. É notória a percepção de que disparo de arma de fogo pode, sem muito esforço, causar a morte de um ser humano. Todavia, compete aos jurados, juízes naturais da causa, examinar o elemento subjetivo, o movel da conduta dos acusados.

VI - Por fim, desmerece prosperar o pedido de afastamento da qualificadora do motivo fútil, por não ser manifestamente improcedente e porque, em tese, ficou caracterizada, avultando do acervo probatório que o crime se deu por discussão banal havida entre os envolvidos.
DECISÃO MANTIDA – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

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.

Fortaleza-Ce., 31/01/2012.

Relatório :

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado por LUCIANO CÉSAR AUGUSTO ANGELIM NUNES DA SILVA e RICARDO AUGUSTO ANGELIM, inconformados com a decisão (fls. 498/500) que os pronunciou como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, c/c arts. 14, II e 29, todos do CPB, submetendo-os a julgamento popular perante o Tribunal do Júri, por terem, segundo a acusação, no dia 1º de maio de 2005, por volta das 14:00 horas, na Cidade de Pacatuba, neste Estado, utilizando-se de armas de fogo (revólver e rifle) tentado matar a vítima Geilson Pereira Lima, não se consumando o homicídio por circunstâncias alheias às suas vontades.

Nas razões (fls. 510/518), a defesa pugnou pela impronúncia ou absolvição sumária, com base na falta da materialidade do fato, na negativa de autoria e na legítima defesa. Alternativamente, requer o afastamento da qualificadora da futilidade ou, ainda, desclassificação para o delito de disparo de arma de fogo em via pública (art. 15 da Lei Federal n. 10.826/03 – Estatuto do Desarmamento), alegando, em síntese que os pronunciados não usaram as armas de fogo contra a vítima, pois encontravam-se desarmados, diferente daquela que estava armada. Argumenta, ainda, que admitida a hipótese de portarem armas, não teriam feito uso das mesmas, e, por fim, caso tivessem utilizado os instrumentos, não o fizeram com intenção de matar a vítima, pois dispararam para o alto.

Apresentadas as contrarrazões (fls. 521/524), e mantido o hostilizado *decisum* (fl. 525), subiram os autos a esta Corte, indo com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (fls. 532/538).

Distribuído inicialmente à relatoria da eminente Desa. Maria Estela Aragão

Brilhante (fl.540), com a remoção desta para a 2ª. Câmara Criminal deste Sodalício, vieram-me os autos, em redistribuição (fl. 543).

Sem revisão, na forma regimental.

Sucintamente, é o relatório.

Voto :

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Pronunciados nas tenazes do art. 121,§ 2º, inc. II, c/c arts. 14, II e 29, todos do Código Penal, pretendem os recorrentes a reforma da decisão, pugnando pela impronúncia ou legítima defesa, sob o argumento de que além de inexistir indícios suficientes de autoria, não há prova da materialidade do fato. Alternativamente, buscam a desclassificação da tentativa de homicídio para o crime de disparo de arma de fogo em via pública ou a extirpação da qualificadora da futilidade.

Razão não lhes assiste.

Nos termos do art. 413 do CPP e, segundo firme entendimento doutrinário e jurisprudencial, para a pronúncia, basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes da autoria delitiva, não se exigindo certeza, esta indispensável, apenas para a condenação.

Assim já decidiu o STJ:

> "Diferente do que ocorre em relação à sentença condenatória, a decisão que pronuncia o acusado exige, tão somente, a presença de indícios de autoria, além de prova da materialidade do delito" (HC 95.731- RJ, Rel. Min. FELIX FISCHER – 5ª. TURMA, j. 19.06.2008).

Na espécie, a materialidade está devidamente comprovada pelos depoimentos da testemunha José Elson de Lima, proprietário do bar, onde se passaram os fatos narrados na delatória, e da vítima (fls. 233/237 e 263/265).

Cumpre registrar que, tratando-se de tentativa de homicídio por disparos de arma de fogo, onde a vítima não é atingida – tentativa branca – não há que se falar na realização de perícia para comprovar a materialidade do fato, vez que inexiste corpo de delito a ser examinado, podendo a mesma ser verificada por outros meios de prova, como, por exemplo, a testemunhal.

Nesse sentido:

> [...] Não há falar em perícia nos casos de tentativa branca, uma vez que, não ocorrendo dano, não há corpo de delito a ser examinado. A ausência de objeto material a ser periciado não se confunde com inexistência do fato típico praticado, uma vez que a conduta delituosa pode ser comprovada por outros meios de prova [...]" (RHC 22433/SP, STJ – 5ª. TURMA – Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, j. 23.03.2010).

> [...] Em crimes conhecidos por tentativa branca ou tentativa incruenta, em que a vítima não sofre lesão, não se faz necessário a juntada do Laudo de Exame de Corpo de Delito para comprovar a materialidade da tentativa [...]" (TJDFT – 2ª. TURMA CRIMINAL – RSE N. 20050110833549, Rel. Des. Sérgio Rocha, j. 12.03.2009).

Quanto à autoria, inobstante a negativa dos acusados, de que tenham realizado qualquer disparo contra a vítima, pois se encontravam desarmados, tal versão não encontra amparo integral na prova colhida.

Ao contrário, como dito alhures, as declarações da testemunha José Élson de Lima (fls. 233/237) e da vítima Geilson Pereira Lima (fls. 263/265) são no sentido de que, os réus chegaram no estabelecimento comercial, palco do acontecimento do fato delituoso, armados, atirando em direção ao ofendido.

A princípio, tais elementos são suficientes para indicar a autoria do delito imputada aos recorrentes.

In casu, a negativa de autoria, não exsurgiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório, não havendo, portanto, que se falar em impronúncia.

A propósito, colaciono os seguintes julgados:

> RESE. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO.
> Negativa de autoria. Materialidade – Elemento indiciário suficiente para concluir pela possibilidade de ter o recorrente cometido a conduta – Necessidade de submissão ao Conselho de Sentença – Qualificadoras presentes, pela mesma linha evolutiva.
> NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO (TJSP – R.S.E. N. 0004464-04.2006 – 3ª. CÂMARA DE DIREITO CRIMINAL – Rel. Des. Ruy Alberto Leme Cavalheiro, j. 20.11.2011).

> […] Incabível a absolvição sumária ou impronúncia por negativa de autoria, havendo prova testemunhal nos autos que indicam a contribuição do recorrente para o desfecho do fato criminoso […] (TJDFT – 1a. Turma Criminal – RSE n. 20100310244438, Rel. Des. Jesuino Rissato, j. 08.11.2010).

> […] A impronúncia por negativa de autoria só é viável quando nenhum indício apontar para o suspeito. Havendo qualquer adminículo de prova nesse sentido, a pronúncia é imperativa (TJRS – 2ª. CÂMARA CRIMINAL – R.S.E. N. 70005576608 – Rel. Des. Walter Jobim Neto, j. 26.06.2003).

Inacolhível, ainda, a pretensão de absolvição sumária, com base na legítima defesa, pois a excludente de ilicitude invocada, não restou provada de forma segura, inconteste e inequívoca. Há indicativos de inimizade anterior entre acusados e vítima, afastando assim, suposta agressão injusta, atual e iminente.

A respeito, o STJ assim se manifestou:

> 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 (HC 25858/RS – 6ª. TURMA – Rel. Min. FELIX FISCHER, j. 17.06.2008)

Melhor sorte não socorre os pronunciados quanto ao pleito de desclassificação do delito para disparo de arma de fogo em via pública, pois, neste momento, é impossível afirmar, com segurança, a inexistência de *animus necandi* nas condutas daqueles, sobretudo, considerando a letalidade dos meios empregados (armas de fogo).

É popularmente notória a percepção de que uma arma de fogo pode, sem muito esforço, causar o falecimento de um ser humano.

Todavia, compete aos jurados, juízes naturais da causa, examinar a presença de *animus necandi*, o elemento subjetivo, o movel da conduta dos acusados.

Assim, já decidiu o TJDFT:

> [...] Dúvidas quanto ao elemento subjetivo que animavam o comportamento do réu na ocasião em que efetuava os disparos de arma de fogo, devem ser dirimidas pelo Conselho de Sentença, juiz natural para os julgamentos dos crimes contra a vida (RSE n. 20080210024788 – 2ª. Turma Criminal – Rel. Des. JOÃO TIMÓTEO – j. 11.03.2010).

De igual modo, não merece prosperar o pedido de afastamento da qualificadora do motivo fútil, por não ser manifestamente improcedente e porque, em tese, ficou caracterizada, pois se infere do acervo de provas que o crime se deu por discussão banal havida entre os envolvidos.

Destarte, ausente comprovação segura que permita a verificação incontroversa das teses sustentadas pela defesa, a pronúncia é imperativa

Dispositivo :

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso para negar-lhe provimento, mantendo na íntegra a decisão atacada.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 31/01/2012.

PROC. Nº: 0001269-72.2005.8.06.0029 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 1ª. VARA DA COMARCA DE ACOPIARA/CE
RECORRENTE: GERALDO ALVES MOREIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1a. CÂMARA CRIMINAL

EMENTA: TENTATIVA DE HOMICÍDIO – PRONÚNCIA – RECURSO DEFENSIVO BUSCANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE DISPARO DE ARMA DE FOGO – IMPOSSIBILIDADE – AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* INCOMPROVADA DE FORMA SEGURA - DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO.

Na fase do *judicium accusationis*, somente é cabível a desclassificação, quando há convicção segura de que o agente não queria o resultado morte, o que inocorre na hipótese em exame.

A princípio, não se mostra temerário concluir pela presença do *aninus necandi* na conduta daquele que, voluntariamente, após uma discussão, em momento anterior, envolvendo sua pessoa e o filho da vítima, efetua disparo de arma de fogo, nas proximidades onde se encontrava a vítima.

Ademais, havendo dúvida quanto ao elemento subjetivo do agente, a matéria deve ser analisada pelo Tribunal do Júri.

DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO -

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª. CÂMARA CRIMINAL desta Egrégia Corte de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 14/02/2012.

Relatório:

Cuida-se de RECURSO EM SENTIDO ESTRITO interposto por GERALDO ALVES MOREIRA, contra a decisão (fls. 200/207) que o pronunciou nas tenazes do art. 121, *caput,* c/c arts. 14, inc II e 61, II, letra "h", todos do Código Penal, submetendo-o a julgamento popular perante o Tribunal do Júri, por ter, segundo a acusação, no dia 05 de fevereiro de 2005, por volta das 20:00 horas, na cidade de Acopiara/Ce., tentado matar a vítima Francisco Oscar Teixeira, efetuando disparos de arma de fogo em sua direção, somente não logrando êxito na consumação de seu

propósito por circunstâncias alheias à sua vontade (erro de pontaria).

Nas razões (fls. 209/217), requer a desclassificação do crime para o tipificado no artigo 15 da Lei nº 10.826/2003 (disparo de arma de fogo em via pública), alegando inexistência de *animus necandi,* uma vez que os tiros não foram disparados em direção à vítima.

Ofertadas as contrarrazões (fls. 220/223) e mantida a decisão (fls. 224/225), subiram os autos. Nesta Corte, a douta Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e improvimento (fls.232/236).

Revisão dispensada (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

Voto:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Não é demais ressaltar que, para a pronúncia, basta que o magistrado se convença da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria e participação.

Na espécie, a materialidade é incontroversa, evidenciada pela Portaria de fl. 07; Auto de apresentação e apreensão de fl. 10; fotografias de fls. 18/19, aliada à prova oral. A autoria é admitida pelo recorrente, sustentando que não tinha a intenção de matar ninguém, pois efetuou um único disparo para alto e não em direção à vítima.

Assim, pretende a desclassificação do crime de homicídio tentado para outro diverso da competência do Júri (disparo de arma de fogo em via pública – art. 15 do Estatuto do Desarmamento), nos moldes do artigo 419 do Código de Processo Penal, sustentando a ausência do *animus necandi*, imprescindível para a configuração do homicídio.

Razão não lhe assiste.

Na fase do *judicium accusationis*, somente é cabível a desclassificação, quando há convicção segura de que o agente não queria o resultado morte.

Guilherme de Souza Nucci, leciona que:

> "O juiz somente desclassificará a infração penal, cuja denúncia foi recebida como delito doloso contra a vida, em caso de cristalina certeza quanto à ocorrência de crime diverso daqueles previstos no art. 74, § 1º, do Código de Processo Penal (...)" (*In*, TRIBUNAL DO JÚRI. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008)

Na mesma linha, a jurisprudência:

> "**A desclassificação, por ocasião de 'iudicium accusationis', só pode ocorrer quando o seu suporte fático for inquestionável e detectável de plano.**" (STJ – 5A. TURMA - REsp nº 192049/DF, Relator: Ministro Felix Fischer, j. Em 09/02/1999) – negritei.

> "[...] Na conformidade da doutrina e jurisprudência dominantes, só se legitima a desclassificação do delito de tentativa de homicídio para lesões corporais quando existentes nos autos provas seguras e inequívocas de que agiu sem *animus necandi*, caso contrário, deve-se reservar exame mais acurado para Soberano Tribunal Popular do Júri, juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida." (TJMG – R.S.E. n. 1.0393.01.000967-7/001 - RELATOR: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, j. 22.06.2010)

A versão do inculpado de que não teria atirado em direção à vítima não encontra amparo absoluto no acervo probatório. Senão vejamos:

O ofendido, FRANCISCO OSCAR, em juízo, declarou que o réu já havido passado por três vezes em frente à sua casa, sendo que, na quarta vez, desceu do carro e atirou duas vezes contra sua pessoa (fls. 113/114).

A testemunha José Luciano Pereira de Macedo (fls. 135/136), também em juízo, relatou:

> "[…] que a vítima estava sentada na calçada de sua casa com uma filha e uma amiga; que o primeiro disparo atingiu o banco em que a vítima estava sentada e o segundo disparo atingiu a janela da casa da vizinha; […] que os dois tiros foram efetuados quando o réu estava com a arma em punho; que a arma não chegou a cair no chão em nenhum momento [...]"

A princípio, não se mostra temerário concluir pela presença do *aninus necandi* na conduta daquele que, voluntariamente, após uma discussão, em momento anterior, envolvendo sua pessoa e o filho da vítima, efetua disparo de arma de fogo, nas proximidades onde se encontrava a vítima.

Ademais, valendo-se de um instrumento de elevado grau de pontencialidade lesiva, no mínimo assume o risco de alcançar o resultado morte, tornando plausível, desse modo, a pretensão acusatória.

Sobre o assunto, confira-se o seguinte julgado:

> "Com o fato de alguém atirar contra outrem instrumento de levado poder vulnerante, ainda que se admita a hipótese de não desejar a morte do desafeto, inegável é que assumiu o risco de produzir o resultado letal. E, em tal caso, o dolo eventual informador de sua conduta é o bastante para imputar-lhe uma tentativa de homicídio" (TJSP – Rec. - Rel. Hoeppner Dutra – RT 441/360).

No mais, havendo dúvida quanto ao elemento subjetivo do agente, a matéria deve ser analisada pelo Júri.

Sobre o assunto, colaciono o seguinte julgado:

> "[….] Diante de qualquer dúvida quanto à determinação do dolo do réu ao

> efetuar disparo contra a vítima, o julgamento do crime deve ser levado à Júri, sendo competente para eventual decisão de desclassificação, o Conselho de Sentença. [...]". (TJDFT – RSE n. 20040910062283 – 2a. Turma Criminal, Rel. Des. ALFEU MACHADO, j. 09.09.2010).
>
> "Dúvidas quanto ao elemento subjetivo que animavam o comportamento do réu na ocasião em que efetuava os disparos de arma de fogo, devem ser dirimidas pelo Conselho de Sentença, juiz natural para os julgamentos dos crimes contra a vida". (TJDFT – RSE n. 20080210024788 – 2a. Turma Criminal, Rel. Des. João Timóteo, j. 11.03.2010)

Forte em tais considerações, em consonância como o parecer da PGJ, conheço do recurso, improvendo-o.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 14/02/2012.

Discurso

Biblioteca do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará – um Farol e um Refúgio.

Discurso proferido pelo Des. Francisco de Assis de Filgueira Mendes,
em 5 de julho de 2012, por ocasião da reinauguração da Biblioteca do TJCe.

Minha saudação a todos os presentes.

João Guimarães Rosa, nascido no grande sertão das Gerais, vanguardeiro de uma metalinguagem comunicativa, afamado em suas obras repletas de um brasileirismo afogueante, com personagens reais de gente vivente na terra e no clamor sertanejo, dos grandes campos verdejantes, dos altiplanos, das serras e das boiadas, criou ou proclamou o já existente em figuras personificadas no mineirismo que inundou de bons sentimentos a nossa literatura. Uma delas de nome Riobaldo, encouraçado de vaqueirojagunço, complacente de afetos especiais com o quase vaqueiro Diadorim, misto de Joana D'arc e Anita Garibaldi, tudo bem escondente em postiça virilidade, vulnerada pelos jogos do amor, projetados em velado carinho, em cuidados ao zeloso e indômito Riobaldo. Da paixão e dos desvarios contidos e refletidos de tais personagens, cuida o grandioso livro "Grande Sertão - Veredas", de cuja imponência transbordante, assoma de espanto a intelectualidade literária, que em reconhecendo estatura e porte mítico da obra, designou-o de o James Joice brasileiro, com privilegiamento maior da superação metalinguística do agigantado (em forma e texto), Ulisses.

Carlos Drummond de Andrade, também de reflexivo espírito rebordante dos Grandes Sertões Mineiro, pois nato e convicto da férrea Itabira, fez anotar no poema " Um chamado João", que :

"João era fabulista?
Fabuloso?
Fábula?
Sertão místico disparando no exílio da linguagem comum....."

Pois bem, tirante das merecidas louvações chamo bem atenção de todos para o início dialogal de "Grande Sertão - Veredas", em que o personagem Riobaldo, já aquebrantado pela idadetempo, faz confidências memoriais a um interlocutor "forasteiro", que em verdade é o próprio leitor, dizendo "conto ao senhor é o que eu sei e que o senhor não sabe, mas principal quero contar é o que não sei se sei, e pode ser que o senhor saiba".

Quando falamos em bibliotecas, a relembrança do primeiro acervo livreiro das terras brasilis, trazido pelas naus lusas em trânsitoatlântico no custodio de Dom João VI, no remoto 1808. Era um conjunto de obras monumentais, livros, alfarrábios, incunábulos da pré renascença, da renascença e da pós-renascença, que acomodados em grandes caixas de madeira, permaneceram no cais carioca por quase dois anos, submetidos a todas intempéries da natureza, até que o Palácio Imperial, fosse dotado de acomodações para abrigar os olvidados livros. Era a biblioteca real, e mesmo assim não esteve imune ao esquecimento temporal.

A proibição régia de impressão de livros na colônia, transformada em sede de reino, impediu o desenvolvimento de nossa intelectualidade, estancava-se a formação da inteligência brasileira, sufocava-se o poder de criação dos intelectuais da terra e somente as obras escritas e impressas muito além do mar Atlântico, aportavam nos primeiros livreiros (coincidentemente portugueses) vendidos, a preços exorbitantes o que influenciava a não comercialização e circulação de conhecimentos. Tal sortilégio alienígena espraiou-se por todo século XIX e início do século XX, entre livreiros e livrarias, como bem demonstraremos guiados pela fonte segura e precisa de Ubiratan Machado em seu "Pequeno Guia da História das Livrarias Brasileiras", Ateliê editorial, 2008, São Paulo, pags. 29 e seguintes :

Paul Martin – 1808 – RJ, Laemmert – 1833 – RJ, Mongie – 1837 – RJ, Garnier – 1845 -RJ, Lombaerts – 1848 – RJ, Garraux – 1860 – SP, Française -1865 – RE, Genaud – 1876 -Campinas, Gazeau – 1893 – S.P, Italiana – 1894 – SP, Palais Royal – 1890 – Manaus, Ghinone – 1921 – Curitiba, Francesa – 1947 – SP.

Umberto Eco, o grandioso escritor peninsular, em seu "Nome da Rosa", transladado para a pictorização cinematográfica e preservante do mesmo título, bem expõe e pincela em pintura real a monopolização do conhecimento e da verdade na idade média, reservada aos livros e escritos albergados nas bibliotecas dos conventos.

A exposição da ciência, filosofia e religião recebia o timbre monopolizante das arcadas mosteiriais, deixando o alcance do saber, ao largo, mercê dos empeços contactual e físico das obras, autorizado sob viso de exclusividade aos restritos iniciados do poder.

Podemos afirmar que tal modelo obteve replicação no continente brasileiro, consignando-se o fato de nos séculos XVII, XVIII, os maiores repositórios de obras

eram reservados aos mosteiros, principalmente, dos beneditinos, das carmelitas, o dos jesuítas e franciscanos, este último, com a "desapropriação" do seu prédio conventual e de sua biblioteca, deu ensejo em 1827, tempo da criação dos cursos jurídicos, a Faculdade de Direito de São Paulo, a das arcadas, o pátio do colégio, com repetição em Olinda/Pernambuco, onde seria a sede do segundo curso jurídico do país.

Sublinhe-se, que a manifestação evacuatória das instalações conventuais e o verdadeiro confisco da biblioteca Franciscana, repercutiu na comunidade como sequestro público do patrimônio, granjeando aos frades veemente apoio público, como noticia Marisa Midori Deaecto, em sua obra doutoral "O Império dos Livros", ed. Universidade São Paulo, 2011 SP, P 62/63.

Anote-se ainda que a primeira biblioteca pública institucionalizada provincial foi a paulista, em 24 de abril de 1825, muito embora antecedentemente a Bahia em 1811 e Rio de janeiro em 1814, tivessem em funcionamento as suas bibliotecas públicas.

Eis em esboço a peregrinante história dos livros e seu habitat mais que natural, as bibliotecas em nossa pátria brasileira.

Queremos agora efetuar o registro necessário e oportuno da história da biblioteca de nosso Tribunal de Justiça do Ceará.

De viés administrativo a biblioteca é uma unidade do departamento de gestão de documentos e foi instalada inicialmente na sede da Corte cearense na rua Barão do Rio Branco 1200, parte térrea, onde permaneceu até a mudança para o atual prédio no Cambeba onde foi organizada e informatizada em 1996, com inauguração e instalação em junho do mesmo ano na gestão do Des. José Ary Cisne, evento que coincidentemente teve como orador o deste momento.

Em decorrência da instalação do Centro de Informática, em prédio contíguo ao Tribunal foi inaugurada em 17 de abril de 2008, as instalações bibliotecárias na Adm. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha.

Por necessidades institucionais da Administração Central do Tribunal, o acervo da biblioteca foi transferido para dependências do Fórum Clóvis Beviláqua, ali permanecendo desativada por mais de um ano.

A partir de jan/2011, a biblioteca passou a funcionar no Centro de Documentação e Informática, em espaço físico antes destinado aos gabinetes emergenciais dos novos desembargadores, muito embora, com grande esforço, espargiu ainda sinais de vida, dando continuidade aos seus serviços meios e fins dentre eles: catalogação, pesquisas e circulação do acervo, este em percentual equivalente a 98% permaneceu acondicionado em caixas em dependências localizadas no 2° andar do Tribunal de Justiça.

A biblioteca que recebe o nome Desembargador Jaime de Alencar Araripe, figura exponencial desta Corte, judicante que deixou um rasgo de luz em sua trajetória pessoal e funcional, fazendo harmônica a afirmação poética de Angelus Silésius: "A rosa é uma rosa porque é uma rosa", elogio por mim proferido quando da solenidade de despedidas do magistrado em sua última sessão funcional.

Até este momento senhores, as bibliotecas que significam faróis e refúgios, clareando os caminhos e abrigando os carentes do conhecimento, por sua ausência mergulhou esta Casa no obscurantismo da informação e da pesquisa.

A atitude da atual administração de bem ouvir as súplicas para que fosse reaceso nosso farol de conhecimentos e reabertos os caminhos para o alcance do saber, notabilizou-se em verdadeiro resgate histórico ao sabor premial do reconhecimento dos esforços do Des. José Arísio Lopes da Costa, presidente da Corte e da sensibilização de seu vice presidente Des. Luis Gerardo Pontes Brígido, para que esse momento de glorificação da cultura tivesse acontecência.

A biblioteca Jaime de Alencar Araripe totalmente informatizada detém acervo de 26.000 livros disponíveis para pesquisa e empréstimo, dentre os quais podemos destacar, as obras raras com 482 títulos e obras de literatura com 673 títulos, e presentemente em andamento, processo de licitação objetivando a aquisição de obras jurídicas doutrinárias atualizadas, complementando e integrando o acervo bibliográfico.

Foram seus funcionários, desde a inauguração até presente data: Antônio Ferreira Uchoa, Ismeralda de Farias Cândido Oliveira, Ismênia Márcia Linhares Justino - diretora departamento 1967, Ismênia Souto, Jaqueline Nogueira Rodrigues, Maria Cláudia de Albuquerque Campos , Maria Sílvia Cavalcante, Marleniudes Santos Costa, Natália Maria de Granja Castro, Bianca Menescal Campos de Oliveira, Fernando de Andrade de Mendonça, Herlene Rocha Parente Alcântara, Maria Núbia Sampaio Leão, Sônia Marai de Brito, Walter Gondim Pereira, Vera Pinheiro, Verônica Jorge Vieira,

Kilber Alves Oliveira, Manuel Ferreira da Silva Filho, José Nelson Rocha Cruz. Um grande elenco de abnegado servidores em prol da luta pela cultura e sua divulgação no âmbito institucional do Judiciário Cearense.

Sr. Presidente, distinta plateia, que este momento seja eternizado nos anais da Casa e na história, perpetuado na memória de todos que colaboram diuturnamente para grandeza de nossa Justiça.

Evoquemos no derradeiro momento o dizer sábio de Jorge Luis Borges, a refulgente inteligência platina: " Suspeito que a espécie humana – a única – está para extinguir-se e que a Biblioteca há de perdurar: iluminada, solitária, infinita, perfeitamente imóvel, armada de volumes preciosos e inútil, incorruptível, secreta".

Muito obrigado!

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação civil pública por improbidade administrativa – prefeito – obrigatoriedade de remessa mensal dos balancetes à Câmara Municipal – Art. 42, da Constituição do estado do Ceará – omissão do gestor municipal – configuração da improbidade – Art. 11, IV, da Lei Federal nº 8.429/92 – inocorrência de dano ao erário – multa civil desproporcional.....162.

Acidente de trânsito – morte de passageiro – empresa transportadora – contrato de transporte – responsabilidade objetiva – dependência econômica do falecido – pensionamento.....134.

Adjudicação compulsória – falta de registro – requisito indispensável para a transferência – ação proposta em face de quem ainda não é titular do domínio do imóvel – impossibilidade jurídica do pedido.....43.

Adoção – cadastro prévio – dispensa – excepcionalidade – adoção *intuitu personae* – menor abandonado e em contato com os apelantes desde o primeiro dia de vida – vínculo afetivo.....86.

Adoção – filhos biológicos tidos por ilegítimos diante do ordenamento jurídico à época do ato – período anterior à Constituição de 1988 – cancelamento da adoção – possibilidade – vontade do genitor de realizar o registro constando a filiação verdadeira – direito de personalidade – ponderação dos direitos fundamentais.....225.

Alimentos – razões recursais arguindo a nulidade da sentença em virtude da existência de irregularidade na citação com hora certa – comparecimento espontâneo do promovido em audiência de conciliação – vícios supridos – inteligência do Art. 214, § 1º, da lei adjetiva civil.....117.

Assalto em ônibus – responsabilidade do transportador – providência determinada pelo juízo de 2º grau ignorada pelo juiz singular – violação do *caput*, do Art. 471, do CPC – nulidade – anulação *ex officio* da sentença.....212.

Banco – CDC -inscrição indevida em cadastro de protenção ao crédito – responsabilidade objetiva – danos morais existente – caracterização *in re ipsa*.....199/200.

Cartão de crédito – cobrança indevida – negligência da instituição financeira – defeito na prestação do serviço – constrangimento – dano moral – ocorrência.....35.

Concessionária de veículos – aquisição de veículo zero quilômetro – falha na prestação de serviço – repetidos problemas mecânicos não solucionados pela empresa – danos materiais e morais – presença.....206.

Concurso público – inclusão de candidato em curso de formação – impossibilidade – nota obtida na primeira fase do certame inferior ao mínimo fixado no edital.....234/235.

Concurso público – policial militar – limite de idade para ingresso no curso de formação – relativização da regra editalícia – demora do ente público em realizar todas as etapas do certame – violação do princípio constitucional da razoabilidade e da proporcionalidade.....71.

Confissão de dívida – notas promissórias emitidas em garantia de pagamento – título executivo extrajudicial – liquidez, certeza e exigibilidade presentes – embargos à execução – pedidos recursais não deduzidos nos embargos – impossibilidade de inovação em sede recursal.....187/188.

Contrato bancário – arrendamento mercantil – revisional – celebração antes da vigência da Medida Provisória nº 1963-17 – capitalização mensal dos juros – impossibilidade.....51.

Contrato de compra e venda de imóvel – ação de nulidade c/c adjudicação compulsória – 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.....242.

Contrato de consignação ou estimatório – furto do veículo – impossibilidade de restituição – negligência da consignatória – obrigação de pagar o preço do bem.....194.

Contrato de seguro – sentença que ordenou pagamento de indenização – apelação alegando que o segurado não adotou as cautelas mínimas – improvimento – aplicação do instituto do *venire contra factum proprium non potest*.....121.

Direito de família – guarda – alteração de domicílio pela detentora – despesas decorrentes do direito de visitas – encargo atribuído ao não guardião – dever inerente ao poder familiar.....33.

Fazenda Pública Estadual – adicional do imposto de renda – instituído pela Lei estadual nº 11.525/88, declarada inconstitucional pelo STF – repetição de indébito – comprovante de recolhimento – inexistência – indispensabilidade – inteligência dos Arts. 283, 333 e 396, do CPC – precedentes do STJ e do TJCe.....142.

Imprensa – foto publicada em jornal – ausência de propósito de exposição da autora de forma vexatória, ridícula ou ofensiva – imagens realizadas com o consentimento da promovente – reparação de danos – dano moral não configurado.....111.

Indenização por dano moral – pessoa jurídica no polo passivo – possibilidade – Súmula 227 do STJ.....81.

ISSQN – incidência sobre serviços de registros públicos, cartorários e notariais – possibilidade – ADI nº 3.089/DF julgada improcedente – legalidade da cobrança do tributo.....217.

Nota de crédito comercial – título executivo extrajudicial – embargos à execução – fraude não demonstrada – excesso de execução – revisão do montante devido.....62.

Plano de saúde – relação de consumo – internação domiciliar – negativa de atendimento – exclusão da cobertura por cláusula contratual – direito à saúde – interpretação mais favorável ao consumidor – dano evidenciado.....57.

Policial militar – exclusão "a bem da disciplina" - equiparação de pensão instituída aos valores que faria jus o militar se em atividade estivesse – impossibilidade – previsão de pensão proporcional (Lei estadual nº 10.972/84) – constitucionalidade.....66.

Seguro DPVAT – Lei nº 11.482/2007 – diferença entre invalidez permanente e debilidade permanente – dano estético – cicatriz queloidiana – invalidez permanente não comprovada.....46.

Separação consensual – sentença homologatória de acordo – pretensão de desfazimento parcial da transação por meio de apelação – inadmissibilidade.....108.

Servidor público – policial militar – pensão por morte – Súmula 23 do TJCe, o valor deve corresponder à totalidade do que o falecido receberia se em atividade estivesse – garantia de extensão aos inativos e pensionistas de quaisquer benefícios ou vantagens concedidos aos militares ativos.....146.

Servidor público – teto remuneratório – Emenda Constitucional nº 41/2003 – ausência de direito adquirido a regime jurídico anterior e a irredutibilidade vencimental em face da nova ordem constitucional – possibilidade de instituição de subtetos estaduais e municipais – sujeição de qualquer tipo de remuneração dos servidores ao teto remuneratório, incluídas as vantagens pessoais.....129/130.

Sistema financeiro da habitação – tabela PRICE – impossibilidade – anatocismo – TR – inaplicabilidade, por não constituir índice de correção monetária – substituição pelo PES (plano de equivalência salarial).....92.

Sucessão – ação de anulação de testamento público – formalidades legais – rigor – abrandamento – vícios formais que não comprometem a higidez da disposição de última vontade.....104.

Telefonia fixa – rescisão contratual cumulada com danos morais – consumidor – negligência da empresa de telefonia que não efetivou a transferência da linha solicitada – cancelamento requerido – manutenção da cobrança indevida das mensalidades.....152.

Título de crédito – cheque prescrito – cobrança – ausência de circulação do título – possibilidade de discussão da *causa debendi* – alegação de agiotagem – não comprovação pelo devedor.....174.

Usucapião ordinário – conjugação de todos os elementos exigidos no Art. 551, do Código Civil de 1916 (vigente à época): *animus domini*, exercício da posse de forma contínua e inconteste, justo título, boa fé e lapso temporal.....124.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Agente político – ex-secretário municipal – julgamento de contas – desaprovação – TCM – cumprimento de função constitucional – antecipação de tutela para suspender os efeitos do julgamento – ausência dos requisitos.....262.

Execução de título judicial contra a Fazenda Pública – obrigação de fazer e de pagar quantia certa – necessidade de tornar líquido o *quantum debeatur,* mesmo que se trate de dívida de pequeno valor.....278.

Fornecimento de medicação – direito à saúde – concessão de medidas liminares, cautelares ou antecipatória – verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação – possibilidade.....281.

Mandado de segurança – concessão de liminar pelo relator – decisão interlocutória posterior do juiz de 1º grau sobre a matéria decidida no provimento mandamental de urgência – impossibilidade.....274.

Plano de saúde – cooperativas com atuação regional no mesmo Estado da federação – utilização do mesmo logotipo – teoria da aparência.....267.

Plano de saúde – negativa de cobertura – citação do réu e oferecimento de contestação – posterior aditamento à inicial para incluir novos exames e órteses – ato judicial *extra petita* – violação aos princípios da congruência e do devido processo legal.....270.

Reintegração de posse – ausência de comprovação na origem dos requisitos indispensáveis à concessão da tutela – data do esbulho ausente.....253.

Servidor público – descontos de contribuição previdenciária quando já implementados todos os requisitos para concessão da aposentadoria – inadmissibilidade – aplicação da E.C. Nº 41/2003.....257.

MANDADO DE SEGURANÇA

Concurso público – exame psicotécnico – previsão legal no Art. 10, §§ 1º e 2º, da Lei Estadual nº 13.729/2006 – entendimento do STF – eliminação de candidato do certame - legalidade do ato administrativo….....293.

Concurso público – limite de idade – cargo de soldado da polícia militar – discriminação etária justificada – Súmula nº 683, do STF – interessados não cumpriram norma editalícia expressa, desde o início do certame.....301.

Fisco Estadual – liberação de mercadorias – ilegalidade na retenção dos bens apreendidos – confiscação inadmitida – violação às Súmulas 323, do STF e 31, do TJCe.....311.

ICMS – créditos remanescentes – transferência para terceiros – possibilidade – procedimento administrativo findo – omissão no exame do requesto pela autoridade coatora.....306.

Licitação pública – pretensão de majoração de pontos da impetrante e redução na pontuação de concorrente a pretexto de irregularidade no certame – descabimento de exame por ser vedado ao Poder Judiciário agir em substituição à administração pública.....291.

Pessoa jurídica – responsabilidade de sócio administrador por dívidas tributárias - inscrição pessoal nos registros do CADINE – redirecionamento da execução – imputação de responsabilidade por suposta gestão temerária – inteligência do Art. 135, do CTN.....295.

Servidor público – ausência de interesse de agir, a evidenciar impossibilidade de extensão a inativo de reajuste de gratificação concedida por Lei a servidores em atividade – não conhecimento.....289.

Servidor público aposentado – TCM – teto remuneratório – aplicação da E.C. Nº 41/03 – subsídio do Deputado Estadual como paradigma a ser aplicado.....314.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Atentado violento ao pudor - vítima menor de quatorze anos de idade e sobrinha do réu por afinidade – depoimento da ofendida sólido e amparado nos demais elementos de prova.....371.

Disparo de arma de fogo em via pública – autoria e materialidade demonstradas – redução para pena mínima – impossibilidade – reconhecimento das atenuantes da menoridade e confissão.....323.

Estupro – conjunto probatório robusto e coeso para condenação – citação editalícia,

acusado não encontrado pelo oficial de justiça, acerto da medida – cerceamento de defesa consistente em ineficiência do defensor nomeado para representar o réu – inocorrência.....354/355.

Furto qualificado – dosimetria da pena – *quantum* da pena aplicada e regime de cumprimento nos moldes legais – princípio da insignificância – inaplicabilidade – réu reincidente e com vasta folha de antecedentes criminais.....338/339.

Homicídio qualificado – júri – conselho de sentença que aceita uma das teses apresentadas nos autos – pedido de novo julgamento – inacolhimento – princípio da soberania dos vereditos.....365.

Homicídio qualificado – negativa de autoria – tese acatada pelo colegiado leigo – decisão em completa dissociação com o conjunto probatório – arbitrariedade dos jurados – anulação da sentença.....360.

Roubo simples na forma tentada – reforma na dosimetria – magistrada considerou o fato do indigitado possuir outra ação penal em andamento como péssimos antecedentes – ofensa à presunção de não culpabilidade – ocorrência.....327.

Tráfico ilícito de entorpecentes e posse de munição – conjunto probatório nos autos que respaldam a condenação – absolvição por fragilidade de provas ou desclassificação do crime – impossibilidade.....348.

Tribunal do Júri – anulação de julgamento – decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida devidamente comprovada.....332.

HABEAS CORPUS

Execução penal – apenada que obteve o benefício da progressão ao regime semiaberto – inexistência de unidade carcerária própria às condições menos rigoroso – constrangimento evidenciado – concessão.....397.

Homicídio qualificado – prisão em flagrante – alegação de excesso de prazo na formação da culpa – constrangimento ilegal não evidenciado – risco de fuga.....394.

Paciente preso em Quartel da Polícia Militar – cabo da PM – pedido de progressão de regime na Vara de Execuções Criminais – autos redistribuídos à Vara de Auditoria

Militar – ordem concedida para que o juízo da Vara de Execuções Criminais avoque os autos para apreciar a progressão requerida.....392.

Prisão em flagrante – conversão em preventiva – indeferimento de pedido de liberdade provisória – alegação de inexistência de fundamentos para a custódia cautelar – inocorrência – materialidade e autoria delitivas presentes – reiteração delitiva do paciente.....386/387.

Prisão preventiva – reiteração do pedido perante o mesmo órgão julgador, sem que se apresente situação nova, supervenientes elementos de convicção ou argumentação inédita – incognoscibilidade da impetração.....379.

Segregação cautelar – sentença condenatória – alegação de desfundamentação da decisão que negou ao paciente o direito de apelar em liberdade – réu que responde a outra ação penal por roubo – personalidade voltada para a prática de ilícitos.....381/382.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio simples – pronúncia – decreto da preventiva para garantia da ordem pública – recurso defensivo – impronúncia – insuficiência de provas e negativa de autoria – desprovimento.....405.

Tentativa de homicídio – pronúncia – recurso buscando a desclassificação para crime de disparo de arma de fogo – impossibilidade – ausência de *animus necandi* incomprovada de forma segura.....414.

Tentativa de homicídio qualificado – pronúncia – materialidade do fato e existência de indícios da autoria presentes – desclassificação do delito – impossibilidade de afirmação, com segurança, da inexistência do *animus necandi*.....409/410.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, outubro de 2012.