TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 44 - 2012
Outubro/ Dezembro

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.44, p. 1 - 491, 2012

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 44.2012
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. Yuri Cavalcante Magalhães

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. 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. 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
Des. Francisco Glaydson Pontes

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

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
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. Durval Aires Filho - Presidente
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. Fernando Luiz Ximenes Rocha
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

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....15/255
Agravo de Instrumento.....259/333
Mandado de Segurança.....337/344

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....349/416
Habeas Corpus.....419/440
Recurso Crime em Sentido Estrito.....443/455

Decisão de 1º Grau.....459/482
Dra. Regma Aguiar Dias Janebro
Juíza Titular da 2ª Vara de Pacajus

Índice Alfabético.....483/491

Jurisprudência Cível

APELAÇÃO CÍVEL

APELAÇÃO CIVEL Nº 0000540-12.2008.8.06.0071
APELANTE/APELADO: UNIMED FORTALEZA- COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA.
APELADO/APELANTE : DANIELLE RODRIGUES DE ALENCAR e RICARDO CAVALCANTE DA SILVA
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. EXAME DE GRAVIDEZ SUPOSTAMENTE FALSO. DIAGNÓSTICO CONCLUÍDO PELO PACIENTE. OCORRÊNCIA DE TRANSTORNOS PSÍQUICOS ANTERIORES À REALIZAÇÃO DO EXAME. NÃO CARACTERIZADO OS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E A CONDUTA DO LABORATÓRIO.

1- Tratam-se de dois recursos de Apelação que objetivam reformar sentença proferida em sede de primeiro grau, que julgou parcialmente procedente pedido de danos morais e materiais em decorrência de resultado que informa suposto estado gravídico falso.

2- Informa a autora que não podia engravidar, e que o resultado noticiando gravidez ocasionou transtornos.

3- Diz o laboratório que o diagnóstico foi concluído pela paciente, quando a responsabilidade pela leitura do exame é do médico solicitante.

4- Os danos mencionados pela paciente, referem-se a ocorrência de dois abortos espontâneos, ocorridos antes da realização do exame. Portanto, não há nexo de causalidade entre a conduta do laboratório e o evento danoso.

5- Sentença reformada, pois inexiste caracterização de danos morais.

VOTO

Tratam-se de dois recursos de Apelação Cível interpostos por **UNIMED FORTALEZA- COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA e DANIELLE RODRIGUES DE ALENCAR e RICARDO CAVALCANTE DA SILVA,** com o fim de reformar a sentença da 1ª Vara da Comarca de Crato-CE, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na Ação de Indenização e Reparação de Danos.

Conheço dos recursos, pois presentes os pressupostos de admissibilidade.

Verifica-se que a discussão travada nestes autos envolve a responsabilidade

civil do laboratório, tendo em vista o resultado errôneo do exame de beta HGC realizado no dia 26 de dezembro de 2007.

Prevê o *caput* do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, aplicável à espécie, *verbis*:

> "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."

Como se vê, cuida-se de disposição legal onde fica estabelecida a responsabilidade objetiva do fornecedor de serviços, dentre os quais se enquadra o laboratório, na qualidade de prestadora de serviços de análise clínica, prevendo-se, ainda, as hipóteses de exclusão desta responsabilidade, quando restar provada a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, ou que o defeito inexistiu (§ 3º do art. 14), situações estas que, ao meu sentir, demonstradas nos autos, não se podendo falar, portanto, em obrigação de indenizar.

Ao abordar o tema responsabilidade civil é imprescindível detalhar os seus pressupostos. Compõe-se a responsabilidade civil de conduta, dano e nexo causal.

A ação ou omissão pode ser lícita ou ilícita, não é necessário que a conduta configure uma ilegalidade, basta que cause um dano a outrem, e que este não tenha o dever de suportá-lo. Quando a conduta for ilícita, a reparação tem fundamento na culpa, porém se for lícita, o fundamento é na responsabilidade objetiva, baseada na teoria do risco. Além destas características é necessário que a conduta seja voluntária.

Com relação à matéria questionada, vejamos o que nos ensina a doutrina na lição de Maria Helena Diniz :

> "[...] , de sorte que excluídos estarão os atos praticados sob coação absoluta; em estado de inconsciência, sob o efeito de hipnose, delírio febril, ataque epilético, sonambulismo, ou por provocação de fatos invencíveis como tempestades, incêndios desencadeados por raios, naufrágios, terremotos, inundações etc." DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.38.

O nexo de causalidade se configura por ser a relação existente entre o dano e a conduta do agente. Apenas haverá imputabilidade e dever de ressarcimento se da conduta do agente puder se deduzir o dano sofrido. Isto é imperativo tanto na responsabilidade objetiva quanto na responsabilidade subjetiva, pois o que diferencia uma da outra é apenas a necessidade ou não da busca pela culpa.

O nexo de causalidade é requisito essencial de qualquer espécie de responsabilidade. Tanto é verdade, que as excludentes de responsabilidade existentes no ordenamento brasileiro, assim são caracterizadas porque excluem o nexo causal,

tornando impossível qualquer liame entre a conduta do agente e o dano.

Por derradeiro o terceiro e último pressuposto que é o dano, ou seja, a lesão diminuição ou destruição que, devido a certo evento, sofre uma pessoa, contra sua vontade, em qualquer bem ou interesse jurídico, patrimonial ou moral e até mesmo estético.

A responsabilidade objetiva, no Direito pátrio, repousa em dois pressupostos necessários à sua existência, quais sejam: o dano suportado pelo pretendente à indenização e o nexo causal entre o dano e a conduta daquele a quem se atribui a responsabilidade. Sem a coexistência desse binômio, não há como se cogitar de obrigação indenizatória.

Diante da análise do caso concreto, entendo que restou inconteste que da conduta do laboratório e os danos informados pela vítima não existem nexo de causalidade.

Há situações em que, realmente, não é possível passar à paciente um resultado totalmente seguro, como ocorre, normalmente, nas primeiras semanas de gravidez, no entanto, diante de situações de incerteza, é dever do Laboratório alertar a mulher, para que, se for o caso repita o exame e se mantenha em condição de alerta. Observando o laudo recebido pela paciente vê-se a ressalva existente, na qual é esclarecido que o diagnostico depende de análise clínica bem como de conjugação com outros exames.

O inciso III do art. 6º da Lei 8.078/90 assegura, como direito básico do consumidor, a informação clara e adequada sobre produtos e serviços, inclusive a probabilidade de resultado falso positivo ou falso negativo, dos exames laboratoriais. No caso em tela, vislumbro cautela do laboratório em alertar sobre a possibilidade de um resultado errôneo.

De resto, entendo que a análise dos resultados de exames são de responsabilidade do médico solicitante, e que uma interpretação obtida por meio de uma observação atécnica por parte da paciente por si só não configura a percepção de dano moral.

Destaque-se o posicionamento jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em caso análogo:

> Ementa : CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. EXAME DE GRAVIDEZ SUPOSTAMENTE POSITIVO. PROCESSO CIVIL. JUIZADOS ESPECIAIS. PROVA ORAL NÃO DEGRAVADA. PREVALÊNCIA DOS INFORMES DA SENTENÇA. INVERSÃO DO *ONUS* DA PROVA. NÃO-OBRIGATORIEDADE ANTE A AUSÊNCIA DOS SEUS REQUISITOS LEGAIS. EXAME DE DOSAGEM HORMONAL CUJO LAUDO FORA POSITIVO, MAS QUE RESSALVARA SUAS CONCLUSÕES COMO INDICATIVAS TAMBÉM DE OUTRAS CONDIÇÕES CLÍNICAS A DEPENDER DE EXAMES CONFIRMATÓRIOS. EXAME CONFIRMATÓRIO CONCLUSIVO PELA INEXISTÊNCIA DE GRAVIDEZ REALIZADO SOMENTE SETENTA E CINCO DIAS APÓS O PRIMEIRO. AUSÊNCIA DE ERRO

DO LAUDO, CUJO RESULTADO ESPECIFICAMENTE NÃO FORA CONTRAPOSTO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.
1. NÃO PROVIDENCIANDO O APELANTE A DEGRAVAÇÃO DA FITA MAGNÉTICA COM A TRANSCRIÇÃO COMPLETA DOS ATOS ORALMENTE PRODUZIDOS (PERGUNTAS E RESPOSTAS), RESTOU COARCTADO DESTA INSTÂNCIA RECURSAL O CONHECIMENTO PLENO DO QUE FORA PERGUNTADO PELO JUIZ CONDUTOR DA INSTRUÇÃO, PARA QUE TENHA MERECIDO AS RESPOSTAS APRESENTADAS.
2. "CONSOANTE CEDIÇA JURISPRUDÊNCIA, QUANDO PROVA ORAL PRODUZIDA NO JUÍZO DE 1º GRAU NÃO É DEGRAVADA PARA CONHECIMENTO DA INSTÂNCIA RECURSAL, PREVALECERÃO OS ARGUMENTOS DESFRALDADOS NA SENTENÇA MONOCRÁTICA, POIS À CORTE DE RECURSOS NÃO É POSSÍVEL AFERIR, A NÃO SER PELO DECISÓRIO SINGULAR ESCRITO, QUAIS OS EFEITOS, SOBRE A DEMANDA, DE UMA PROVA QUE REMANESCE ÀS OCULTAS PARA O 2º GRAU DE JURISDIÇÃO, ALÉM DO QUE SE SUBENTENDE, SEMPRE, QUE O JUÍZO SINGULAR, AO COLHER E INTEGRAR ESSA PROVA AO SEU *DECISUM*, ELE QUE A PRESIDIRA, CERTAMENTE SOUBE FAZER DELA O MELHOR USO POSSÍVEL, EM TERMOS DE DESLINDAMENTO DO LITÍGIO (20050610097330ACJ, RELATOR JOSÉ GUILHERME, PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO D.F., JULGADO EM 31/10/2006, DJ 29/11/2006 P. 158)
3. O DIREITO DO CONSUMIDOR À INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO NÃO É AUTOMÁTICO, DEMANDA O ATENDIMENTO, AO NUTO DO JUÍZO, DO REQUISITO DA VEROSSIMILHANÇA DA ALEGAÇÃO, ALIADO À SUA SITUAÇÃO DE HIPOSSUFICIENTE, SEGUNDO AS REGRAS ORDINÁRIAS DE EXPERIÊNCIA. EXEGESE DO ARTIGO 6º, VIII DO CDC. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA.
4. NÃO CONFIGURA RESULTADO " FALSO POSITIVO" O LAUDO DE EXAME DE GRAVIDEZ (DOSAGEM HORMONAL) QUE CONTÉM A RESSALVA DE QUE DETERMINADAS CONDIÇÕES CLÍNICAS, QUE NÃO O ESTADO GESTACIONAL, PODERIA LEVAR À MESMA CONCLUSÃO NELE ESTAMPADA, O QUE EXIGIRIA EXAMES COMPLEMENTARES PARA CONFIRMAÇÃO. NA ESPÉCIE, RESTOU PROVADO QUE SOMENTE SETENTA E CINCO DIAS APÓS O PRIMEIRO EXAME ABALANÇOU-SE A AUTORA A REALIZAR OUTRO EXAME QUE CONCLUIRA PELA CONDIÇÃO NEGATIVA.
5. É ASSENTE NAS REGRAS DE EXPERIÊNCIA QUE TODO E QUALQUER LAUDO MÉDICO DEVERÁ TER SUA CONCLUSÃO INTERPRETADA POR PROFISSIONAL MÉDICO, MÁXIME QUANDO O PRÓPRIO LAUDO RESSALVA SUAS CONCLUSÕES, INDICATIVO DA NECESSIDADE DE EXAMES COMPLEMENTARES E MAIS PRECISOS.
6. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS E JURÍDICOS FUNDAMENTOS, COM SÚMULA DE JULGAMENTO SERVINDO

> DE ACÓRDÃO, NA FORMA DO ARTIGO 46 DA LEI Nº 9.099/95. CONSIDERO PAGAS AS CUSTAS PROCESSUAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, FIXADOS EM 10% DO VALOR DA CONDENAÇÃO, A SER PAGO PELA RECORRENTE. A SUA EXIGIBILIDADE, PORÉM, ESTARÁ SUJEITA AO QUE PREVÊ O ARTIGO 12 DA LEI 10.060/50, EM FACE DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA DE QUE É DETENTORA A RECORRENTE. Classe do Processo : 2006 09 1 000383-9 ACJ - 0000383-72.2006.807.0009 (Res.65 - CNJ) DF , Registro do Acórdão Número : 284775, Data de Julgamento : 25/09/2007, Órgão Julgador : PRIMEIRA TURMA RECURSAL DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO DF, Relator : JOSÉ GUILHERME DE SOUZA, Publicação no DJU: 06/11/2007 Pág. : 122 Seção: 3)

No caso em tela, observo que os transtornos psíquicos, comprovados mediante laudo psicológico, referem-se aos traumas decorrentes de dois abortos espontâneos, o que em nada se relaciona com a conduta do laboratório.

Conforme fartamente mencionado em linhas anteriores, é necessário para configurar responsabilidade civil nexo de causalidade entre a conduta e o dano. Porém, no caso em análise não vislumbro qualquer nexo entre o sofrimento, a angústia e a preocupação aduzida pela vítima com o laudo informado pelo laboratório. Observo que não deveria a paciente ter analisado o exame, pois tal tarefa compete ao médico solicitante, portanto, qualquer consequência se relaciona com sua conduta, e não com o laboratório.

No tocante aos danos materiais, diante da análise dos autos, observo que estes estão fartamente comprovados. Portanto, entendo que são devidos, uma vez que efetivamente houve um dano de ordem patrimonial. Ressalto, que a sentença *a quo* valorou corretamente o valor da indenização, uma vez que utilizou como critério a prova trazida aos autos. Desse modo, não vislumbro necessidade de nenhuma alteração.

Diante dos argumentos acima mencionados, **CONHEÇO** do recurso interposto por DANIELLE RODRIGUES DE ALENCAR e RICARDO CAVALCANTE DA SILVA**,** para **NEGAR-LHE PROVIMENTO.**

No tocante ao recurso de Apelação interposto por UNIMED FORTALEZA-COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA**, CONHEÇO** para **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO,** fazendo cessar a condenação no dever de indenizar dano moral e mantendo a decisão *a quo* apenas no concernente ao dano material.

É como voto.

Fortaleza, 4 de abril de 2011.

PROCESSO Nº 0000593-70.2006.8.06.0165
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO C/ PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA P/ DEPÓSITO JUDICIAL – Comarca de São Luis do Curu-CE
APELANTE: ANTONIA HELENICE SILVA OLIVEIRA
APELADO: UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

Ementa: CIVIL. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO BANCÁRIO. AÇÃO REVISIONAL. APLICABILIDADE DO CDC. FLEXIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *PACTA SUNT SERVANDA* E DA AUTONOMIA DE VONTADE DAS PARTES. ANATOCISMO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 121. CUMULAÇÃO DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA E DEMAIS ENCARGOS. NÃO APRECIADA POR NÃO HAVER CONDENAÇÃO. SENTENÇA MODIFICADA EM PARTE.

1. Preliminarmente, cabe ressaltar o que aduz o Superior Tribunal de Justiça: Súmula 286 - A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

2. Conforme teor da Súmula nº 297 do STJ, "o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras", inexistindo dúvidas acerca de tal aspecto no caso em liça.

3. É inválida a capitalização mensal de juros por instituição financeira. Súmula 121 do STF.

4. Sentença modificada em parte. Apelação parcialmente provida.

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ANTONIA HELENICE SILVA OLIVEIRA,** contra a r. sentença de fls. 80/83, proferida nos autos da ação revisional, ajuizada em desfavor de **UNIBANCO – UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS,** por meio da qual o douto judicante decidiu pela improcedência do pedido inicial.

Inicial de fls. 02/11 expondo que firmou contrato de financiamento, tendo como objeto crédito no valor de R$ 2.422,41 (dois mil, quatrocentos e vinte e dois reais e quarenta e um centavos), cujas cláusulas, entende, são abusivas, requerendo suas revisões no que pertine, em síntese à nulidade de eventual prática de anatocismo e aplicação da correção monetária pelo INPC.

Requer, ainda, a antecipação dos efeitos da tutela para depositar as parcelas

vencidas e vincendas no valor já revisado, retirar seu nome dos cadastros de órgãos de restrição ao crédito, se houver inscrição, para ser mantido na posse do bem.

Contestação de fls. 32/44 pela possibilidade de capitalização de juros por parte de instituições financeiras, bem como exorta o cumprimento das cláusulas celebradas para a aplicação da máxima "*pacta sunt servanda"*.

Réplica às fls. 64/66.

A sentença em destaque julgou a ação improcedente, por entender não comprovada a capitalização de juros, não haver limitação de 12% ao ano quanto aos juros, bem como não contar no contrato aplicação da TR como como índice de correção monetária.

Inconformado com o teor da sentença a promovente interpôs o presente recurso de apelação, alegando merecer reforma para afastar a prática de anatocismo e a não cumulação da comissão de permanência com demais encargos.

Contrarrazões às fls. 97/103.

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

É o relatório.

Decido.

Preambularmente, cabe ressaltar o que o Superior Tribunal de Justiça assevera sobre os contratos bancários:

> Súmula 286 - A renegociação de contrato bancário ou a confissão da dívida não impede a possibilidade de discussão sobre eventuais ilegalidades dos contratos anteriores.

A questão meritória, nas ações revisionais, envolve as matérias relativas à capitalização dos juros (anatocismo); atualização monetária com base em índices tais como TR, INPC, IGPM, etc; cumulação de correção monetária com comissão de permanência; cumulação de comissão de permanência com multa contratual e juros de mora; taxa de juros ao ano; e limite na aplicação da multa moratória em 2%.

Feitas tais considerações, passo, então, à análise dos pedidos da apelação, cujas razões tratam dos questionamentos que envolvem a presente revisional de contratos.

Prima Facie, é perfeitamente aplicável o Código Consumerista nas relações jurídicas bancárias, conforme inteligência da Súmula 297 do STJ, assim como o art. 6º, incisos IV e V, do Código de Defesa do Consumidor, dispõe que o princípio do *"pacta sunt servanda"* foi flexibilizado, possibilitando ao Poder Judiciário analisar e evitar pretensas cláusulas abusivas contra o hipossuficiente e estabelecer um maior equilíbrio entre as partes (art. 4º, III, do CDC), prestigiando o princípio da isonomia.

Inobstante o reconhecimento da aplicação da legislação consumerista, é de se ter em mente, também, que outros diplomas legais também regem a relação jurídica

existente entre os apelantes, pois, sendo o ordenamento jurídico um sistema harmônico de normas jurídicas que se inter-relacionam e se complementam, não se pode pretender que incidam na espécie tão somente as normas previstas no CDC.

No que pese à capitalização de juros, ou seja, juros sobre juros, ou anatocismo, tal prática é vedada pela Súmula nº 121, do STF, ressaltando que nos contratos de financiamento apenas se pode utilizar capitalização de juros quando se tratar de cédulas de crédito rural, comercial e industrial. Incabível, assim o uso da sobreposição de juros em qualquer hipótese que não as expressamente previstas em lei, como as aqui arroladas taxativamente. *in verbis*:

> "Súmula 121, STF - É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada."

Ademais, embora pareçam conflitantes os enunciados das Súmulas 121 e 596, do STF, eles convivem harmonicamente no ordenamento jurídico, por se referirem a dispositivos diversos da Lei da Usura. Para fins de melhor entendimento acerca do assunto, trazem-se à baila as seguintes palavras do Ministro Sálvio de Figueiredo, no julgamento do RESP 1285 – GO, em 14 de novembro de 1989:

> "Com efeito, ao contrário do que proclamou o r. aresto estadual, a súmula 121 não está superada pela de nº 596. (...) Enquanto o enunciado nº 596 se refere ao art. 1º do Decreto nº 22.626/33 o verbete 121 se apóia no art. 4º do mesmo diploma, guardando sintonia com a regra que veda o anatocismo, ou seja, juros de juros ou capitalização de juros."

Nesse entendimento já decidiu o Superior Tribunal de Justiça como a seguir transposto:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE. CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM JUROS MORATÓRIOS E MULTA CONTRATUAL. PRECEDENTES DA CORTE.
> 1.Confirma-se a jurisprudência da Corte que veda a cobrança da comissão de permanência com os juros moratórios e com a multa contratual, ademais de vedada a sua cumulação com a correção monetária e com os juros remuneratórios, a teor das Súmulas nº 30, nº 294 e nº 296 da Corte.
> 2.Agravo regimental desprovido (AgRg no Resp 712801/RS, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, 2ª Seção, j. 27/04/2005, DJ 04/05/2005)

Dessa forma, merece reforma a sentença vergastada, haja vista a autora ter colacionado às fls. 18, planilha fornecida pelo DECON, em que se constata a prática do anatocismo.

Quanto à questão de ser cumulável a comissão de permanência com

quaisquer outros encargos moratórios, deixo de apreciar, uma vez que não alegado na inicial, portanto não albergado na sentença vergastada.

Por fim, como já examinado, a Lei Consumerista se aplica às instituições bancárias, *ex vi* da Súmula 267 do STJ.

> Súmula 297-STJ – O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Isto posto, diante dos fundamentos acima transcritos, reconhecendo a possibilidade de revisão contratual pelo Poder Judiciário, em face da flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda* e da aplicação do Código de Defesa do Consumidor, conheço da apelação, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, modificando a sentença vergastada no sentido de afastar a capitalização de juros, devendo ser a dívida devidamente liquidada.

No que pese aos honorários, os mesmos devem ser arcados pelas partes, reciprocamente, no percentual de 10% (dez por cento), sendo cabível o pagamento de 2/3 do valor ao causídico do recorrente e 1/3 ao advogado do recorrido, sobre o valor dado à ordinária.

Fortaleza, 06 de março de 2012.

Apelação nº 0000619-27.2000.8.06.0085
Apelante: KOLINA CONSTRUÇÕES LTDA.
Apelado(a): MUNICÍPIO DE HIDROLÂNDIA
Juízo de Origem: VARA ÚNICA DA COMARCA DE HIDROLÂNDIA
Relator: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
Órgão Julgador: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. OBRAS DE REFORMA DE MERCADO PÚBLICO. NÃO COMPROVAÇÃO DA CONCLUSÃO DAS OBRAS E DA EXECUÇÃO NA FORMA CONTRATADA. ÔNUS DA PARTE AUTORA. SUSPENSÃO DO PAGAMENTO. POSSIBILIDADE, SOB PENA DE MAU USO DO ERÁRIO PÚBLICO E RESPONSABILIZAÇÃO DO GESTOR MUNICIPAL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, EM ESPECIAL, A EFICIÊNCIA E A MORALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A promovente, por regra processual, tem o ônus de provar seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, do que não se desincumbiu a contento, tendo a parte adversa comprovado fato impeditivo do direito do autor, consoante inciso II do mesmo dispositivo legal. É que, em conjunto com o laudo pericial, os depoimentos colhidos em audiência permitiram compreender a imprestabilidade das obras, vez que os depoentes relataram a existência de várias irregularidades em relação ao que ficara contratado, tais como o reaproveitamento de telhas que deveriam ter sido trocadas, a colocação defeituosa do piso, que veio a descolar pouco tempo depois de colocado, e a inexecução do calçadão do mercado dos feirantes etc.

2. Os princípios da eficiência e da moralidade, norteadores da administração pública, correspondem ao dever do bom administrador. A inobservância de tais princípios pelos gestores públicos pode acarretar sua responsabilização pela má gestão dos recursos públicos e consequente penalização por improbidade administrativa.

3. *In casu*, a reforma e recuperação do Mercado Público e Abrigo dos Feirantes do Município de Hidrolândia seriam financiados com os recursos do ente público, sendo inegável o benefício para a economia do município. A falha na execução das obras ocasiona o descumprimento de contrato já firmado, com sérios prejuízos ao erário. Assim, em sendo dada continuidade aos pagamentos pela

obra falha restaria caracterizada irregularidade e lesão à ordem e à economia públicas, com possibilidade de responsabilização dos gestores por improbidade administrativa. Portanto, diante da possibilidade da ofensa aos princípios da administração pública, houve por bem o município que, diante de serviço contratado não realizado, inconclusivo ou não realizado a contento, suspendeu o pagamento.

4. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0000619-27.2000.8.06.0085, da Comarca de Fortaleza, em que é apelante KOLINA CONSTRUÇÕES LTDA. e apelada MUNICÍPIO DE HIDROLÂNDIA,

Acordam os integrantes da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso interposto, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do E. relator.

Fortaleza, 1º de novembro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de **apelação** interposto por **Kolina Construções Ltda.** em face de sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Hidrolândia, que julgou improcedente o pedido autoral nos autos da **Ação de Cobrança** ajuizada pelo apelante contra o **Município de Hidrolândia**.

Na peça vestibular, a apelante relatou que foi vencedora em processo licitatório, tendo firmado contrato de empreitada para recuperar o Mercado Central e o Abrigo dos Feirantes e construir o Calçadão da Rua Presidente Castelo Branco, cujo valor das obras era de R$134.127,26, porém, por força de Aditivo ao contrato, foi excluída a construção do Calçadão, ficando o preço da obra reduzido para R$106.368,50, a ser pago até o final de 1998. Alegando que recebeu do contratante apenas o valor de R$31.000,00, requereu a condenação do mesmo ao pagamento do valor remanescente de R$75.368,50.

Contestação às fls. 21/24, na qual o Município sustentou que suspendeu o pagamento porque a obra não foi concluída nos termos do contrato, pois as telhas não foram trocadas e mais de 80% do piso teve que ser trocado, não tendo a apelante acompanhado a obra como lhe competia. Aduziu ainda que, por ser ente público, o apelado deve zelar pelo erário, devendo prestar contas ao Tribunal de Contas dos Municípios, sob pena das punições legais. Requereu a improcedência do pleito autoral.

Réplica às fls. 29/31.

Colhida dos depoimentos das partes e testemunhas em audiência de instrução (fls. 59/68).

Memoriais às fls. 151/153 e 154/155.

Parecer do Ministério Público pela improcedência do pedido (fls. 157/161).

Sobreveio a sentença de fls. 163/166, na qual o MM. Juiz julgou improcedente a presente Ação de Cobrança, com fundamento nos princípios elencados no art. 37 da Constituição Federal, no Laudo Pericial do Tribunal de Contas dos Municípios, bem como nos depoimentos das testemunhas.

Inconformada, a promovente, às fls. 173/175 interpôs o presente recurso apelatório, requerendo a reforma do *decisum*, sob o pálio de que foi proferida contra a prova dos autos, aduzindo que as obras contratadas são de reforma e não de construção, razão pela qual alguns materiais não foram trocados em sua totalidade, que as reformas foram concluídas e que não houve o pagamento integral devido.

Sem contrarrazões.

Encaminhados os autos para esta Corte de Justiça para análise do recurso, foram inicialmente distribuídos para o e. Des. José Arísio Lopes da Costa (12.02.2004), tendo encaminhado os mesmos à douta Procuradoria Geral de Justiça, que, em parecer lançado às fls. 189/194, pugnou pelo improvimento do apelo.

Redistribuídos para os e. Desembargadores Francisco Sales Neto (26.06.2007), Clécio Aguiar de Magalhães (25.05.2010) e, posteriormente, para a minha relatoria, vindo-me conclusos aos 29.09.2011.

Era o que tinha a relatar.

À douta revisão.

VOTO

Recebo o apelo, vez que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Como relatado acima, a empresa Kolina Construções Ltda. pretende ver reformado em parte o ato sentencial de primeiro grau, argumentando, para tanto, que o *decisum* foi proferido contra a prova dos autos, estando a obra concluída nos termos avençados em contrato de empreitada com o Município de Hidrolândia, devendo o ente público ser condenado a pagar o valor remanescente da obra.

A promovente, por regra processual, tem o ônus de provar seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC, devendo a parte adversa comprovar fato impeditivo, extintivo e modificativo do direito do autor, consoante inciso II do mesmo dispositivo legal.

A prova coligida aos autos resume-se ao contrato de empreitada e aditivo (fls. 09/11), recibos (fls. 14/16), laudo pericial (fls. 41/47) e depoimentos (fls. 90/97 e 145/148).

Na hipótese em apreço, o Município apelado afirma que a contratada não cumpriu o avençado, restando a obra inconclusiva e, na parte concluída, não a realizou a contento, deixando a desejar quanto à colocação das telhas, piso etc. Para tanto, acostou aos autos o laudo pericial elaborado pelo Tribunal de Contas dos Municípios, o qual atestou, *in verbis*:

> "Os custos praticados não estão de acordo com os praticados no mercado; entretanto, a Prefeitura deixou de executar a construção do calçadão da Rua Presidente Castelo branco, bem como dos serviços de substituição das telhas discriminadas nos itens 5.3 e 5.4 da planilha orçamentária, no valor de R$29.886,15 (vinte e nove mil, oitocentos e oitenta e seis reais e quinze centavos) e R$13.928,75 (treze mil, novecentos e vinte e oito reais e setenta e cinco centavos), respectivamente.
> Ressaltamos que as telhas de amianto do mercado não foram substituídas, mas sim pintadas com tinta látex, conforme previsto no item 12.2 do orçamento. Anexamos fotos tiradas durante a vistoria nas quais observa-se o telhado pintado com o fundo preto das telhas velhas reaproveitadas."

Referido laudo pericial mostra-se bastante elucidativo, expondo a ineficácia da obra contratada, porquanto atesta que as telhas não foram substituídas, mas reaproveitadas.

Em conjunto com o laudo pericial, os depoimentos colhidos em audiência permitiram compreender a imprestabilidade das obras, vez que os depoentes relataram a existência de várias irregularidades em relação ao que ficara contratado, tais como o reaproveitamento de telhas que deveriam ter sido trocadas, a colocação defeituosa do piso, que veio a descolar pouco tempo depois de colocado, e a inexecução do calçadão do mercado dos feirantes etc.

Entre os princípios que norteiam a Administração Pública está a eficiência, assim definida por Hely Lopes Meireles:

> "**o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros." (*in* Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1998).**

O autor ainda acrescenta que o dever de eficiência corresponde ao "dever de boa administração".

Por sua vez, pelo princípio da moralidade, o administrador público deve, em sua atuação, atender aos ditames da conduta ética, honesta, exigindo a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELA, Fernanda. Direito

Administrativo. 1ª ed. Salvador: Juspodivm, 2005, p. 37). A moralidade administrativa também está ligada ao conceito de bom administrador.

A inobservância de tais princípios pelos gestores públicos pode acarretar sua responsabilização pela má gestão dos recursos públicos. Tão séria é a administração do dinheiro público pelos gestores que os Tribunais de Contas dos Municípios, no cumprimento de seu mister, elaboram pareceres da prestação de contas do uso dos recursos públicos, e quando desfavoráveis, podem resultar inclusive no afastamento do Chefe Municipal.

Não se pode pretender, à custa do erário público, quantia expressiva como pagamento por obra que não se fez por completa, nem a contento, sob pena de incorrer em violação de princípio constitucional e de sofrer as penalidades legais cabíveis.

Com efeito, suficientemente demonstrado na espécie a possibilidade de prejuízo ao município de Hidrolândia acaso fosse dado prosseguimento aos pagamentos por obras públicas contratadas e não realizadas de modo satisfatório.

A reforma e recuperação do Mercado Público e Abrigo dos Feirantes de Hidrolândia seriam financiados com os recursos do ente público, sendo inegável o benefício para a economia do município. A falha na execução das obras ocasiona o descumprimento de contrato já firmado, com sérios prejuízos ao erário. Assim, em sendo dada continuidade aos pagamentos pela obra falha restaria caracterizada irregularidade e lesão à ordem e à economia públicas, com possibilidade de responsabilização dos gestores por improbidade administrativa.

O Chefe do Poder Executivo Municipal é plenamente responsável sobre a execução das obras no município, ou seja, pela administração do município, respondendo por eventuais atos irregulares ocorridos durante o seu mandato, bem assim por atitude improba efetuada na sua gestão, por qualquer agente administrativo, vez que a escolha destes lhe cabe, assim como o acompanhamento dos atos praticados.

No caso dos autos, o prejuízo ao erário seria visível, caso houvesse desembolso por serviços não prestados ou prestados por incompleto.

É que a Lei nº 8.429/92, em diversos artigos, prevê a possibilidade de comportamento culposo, seja por negligência, ou por ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.

Assim prescreve a lei mencionada:

> Art.10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente: (...)
> 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: (...)

Portanto, diante da possibilidade da ofensa aos princípios da administração pública, houve por bem o município que, diante de serviço contratado não realizado, inconclusivo ou não realizado a contento, suspendeu o pagamento.

Ante o exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, mantendo incólume a sentença hostilizada.

É como voto.

Fortaleza, 1º de novembro de 2011.

PROCESSO Nº 1531-43.2005.8.06.0119/0
APELAÇÕES CÍVEIS
APELANTE: SISTEMA DE TRANSMISSÃO DO NORDESTE S/A – STN
APELADOS: ESPÓLIO DE FERNANDO ANTÔNIO MENDES FAÇANHA E MARIA TERESA CHAVES FAÇANHA
APELANTES: ESPÓLIO DE FERNANDO ANTÔNIO MENDES FAÇANHA E MARIA TERESA CHAVES FAÇANHA
APELADO: SISTEMA DE TRANSMISSÃO DO NORDESTE S/A – STN
ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE MARANGUAPE-CE
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO REAL. AÇÃO DE SERVIDÃO. BEM IMÓVEL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO DA SITUAÇÃO DA COISA. ART. 95, DO CPC. AÇÃO PROPOSTA EM COMARCA DISTINTA DAQUELA EM QUE O IMÓVEL OBJETO DA DEMANDA ENCONTRA-SE LOCALIZADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NULIDADE DE TODOS OS ATOS ATÉ ENTÃO PROFERIDOS. CPC, ART. 113, § 2º. RECURSOS PREJUDICADOS.

1. A competência territorial é, em regra, relativa, no entanto, casos há em que o legislador, buscando facilitar a colheita de provas e assegurar que o julgador exerça da melhor maneira possível suas funções, excetua tal regra, determinando ser absoluta a competência fixada em razão do lugar. Nesse diapasão, estabelece a parte final do art. 95 do CPC que é o foro da situação da coisa o competente para apreciar e julgar as ações reais imobiliárias que versem, dentre outros, sobre o direito de servidão.

2. Reconhecimento da incompetência absoluta comarca de Maranguape-CE para processar e julgar a referida Ação de Servidão Administrativa, posto ter como objeto imóvel que não se situa nos limites territoriais desta comarca, determinando a remessa dos autos à comarca de Maracanaú-CE, foro de situação da coisa, nos termos dos precedentes do STJ.

3. Consequentemente, todos os atos decisórios proferidos até a data do reconhecimento da incompetência deverão ser nulos. Inteligência da norma do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

4. Apelações não conhecidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Cíveis n. 1531-

43.2005.8.06.0119/0, da Comarca de Fortaleza, em que são partes as acima descritas.

ACORDA a Oitava Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em reconhecer a incompetência absoluta da comarca de Maranguape-CE para processar e julgar a referida Ação de Servidão Administrativa, determinando a remessa dos autos à comarca de Maracanaú-CE, e declarar, consequentemente, a nulidade de todos os atos decisórios proferidos anteriormente (art. 113, § 2º, do CPC), restando os recursos prejudicados, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de dois recursos de Apelação Cível, interpostos pelo Sistema de Transmissão do Nordeste S/A, às fls. 485/508, e pelo Espólio de Fernando Antônio Mendes Façanha e Maria Teresa Chaves Façanha, às fls. 511/514, ambos com o fito de reformar a sentença de fls. 469/470, da lavra da 2ª Vara Cível da Comarca de Maranguape-CE, que julgou a Ação de Servidão Administrativa com pedido liminar proposta pelo Sistema de Transmissão do Nordeste S/A - STN.

O pedido inicial consistia na determinação de imissão delimitativa do STN na posse do imóvel pertencente aos demandados, sr. Fernando Antônio Mendes Façanha e sra. Maria Teresa Chaves Façanha, para fins de instalação e manutenção de linhas de transmissão de energia elétrica, condicionada ao pagamento de valor indenizatório a ser arbitrado mediante laudo pericial.

Na decisão interlocutória de fls. 86/87, o d. Juiz *a quo* deferiu o pleito liminar, determinando a imissão provisória na posse mediante o recolhimento do valor apresentado como preço justo na exordial, sendo lavrado o competente Mandado de Imissão Provisória.

Devidamente citados, os promovidos apresentaram contestação à demanda, às fls. 151/156, alegando, preliminarmente, ausência de condições da ação, vez que as coordenados UTM apresentadas no memorial descritivo acostado à inicial não se referem ao imóvel dos contestantes, e quanto ao mérito impugnaram o valor apresentado como preço justo, especialmente no que se refere ao valor do metro quadrado e ao percentual de restrição na utilização do imóvel.

Réplica às fls. 214/224, na qual a Sociedade Anônima autora reconhece o equívoco no lançamento das coordenadas do imóvel, corrigindo-as, argumentando ser indevido o pedido de extinção do processo por mero equívoco de digitação, reafirmando as razões preludiais.

Instado a manifestar-se, o membro ministerial de primeira instância se opinou pela desnecessidade de intervenção do Ministério Público na demanda, em virtude da ausência de interesse público.

Laudo pericial às fls. 384/396, onde ficou consignado que o imóvel se localiza em área urbana, sendo o valor por metro quadrado equivalente a R$ 4,47, e 66% o correto percentual de comprometimento da utilização do imóvel, concluindo que

o preço justo da indenização é de R$ 39.500,00 (trinta e nove mil e quinhentos reais).

O demandante impugnou o referido laudo, apresentando como contraprova laudo de perito por ele contratado, às fls. 402/413.

Termo de Audiência às fls. 459/461, na qual o perito judicial confirmou todos os critérios e conclusões apresentadas no laudo pericial.

O d. Juízo singular, proferiu sentença às fls. 469/470, mediante a qual declarou constituída a servidão para passagem de linhas de transmissão no imóvel descrito na exordial, determinando que o autor pagasse aos promovidos o valor apurado no laudo pericial, acrescido de correção monetária, juros (moratórios e compensatórios) e honorários advocatícios arbitrados em 10%.

Irresignado, o STN interpôs recurso de Apelação, reafirmando as razões exordiais e o pedido de impugnação do laudo pericial.

Insatisfeitos com o valor dos honorários advocatícios arbitrados pelo judicante de primeiro grau, os promovidos, também apresentaram recurso de Apelação, pleiteando a majoração do referido valor para 20%.

Contrarrazões apresentadas pelo STN, às fls. 524/533, e pela parte adversa, às fls. 534/540.

Recebidos os recursos nos efeitos legais, os autos foram remetidos a este e. Tribunal.

A Procuradoria Geral da Justiça apresentou parecer às fls. 569/575, manifestando-se pela remessa dos autos ao Juízo da Comarca de Maracanaú, por entender que este é competente para apreciar a demanda, sendo anulados todos os atos decisórios, nos termos do art. 113, § 2º do CPC. Acerca do mérito recursal deixou de opinar, eis que ausente interesse público a justificar a intervenção ministerial.

É o relatório, no que tem de essencial.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 04 de julho de 2011.

VOTO

Compulsando os autos, verifica-se existir óbice à análise dos presentes recursos em função da incompetência absoluta do douto juízo de primeiro grau para apreciar e julgar a demanda.

A incompetência absoluta do juízo incide pelo fato de que o imóvel objeto da demanda situa-se no Município de Maracanaú-CE, conforme restou atestado pelos Laudos Periciais acostados ao processo. Entretanto, a presente Ação tramitou, em primeiro grau, junto ao Juízo da Comarca de Maranguape-CE.

A competência territorial é, em regra, relativa, no entanto, casos há em que o legislador, buscando facilitar a colheita de provas e assegurar que o julgador exerça da melhor maneira possível suas funções, excetua tal regra, determinando ser absoluta

a competência fixada em razão do lugar.

Nesse diapasão, estabelece a parte final do art. 95 do CPC que é o foro da situação da coisa o competente para apreciar e julgar as ações reais imobiliárias que versem, dentre outros, sobre o direito de servidão, observe-se:

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

Importante mencionar que o Superior Tribunal de Justiça julgando situações análogas ao presente caso manifestou-se pela competência absoluta do foro da situação da coisa para processar e julgar as ações fundadas em direito real sobre imóveis. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. NATUREZA REAL. ART. 95, DO CPC. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO DE SITUAÇÃO DO IMÓVEL. *FORUM REI SITAE*. AÇÃO ORIGINARIAMENTE PROPOSTA EM VARA ESPECIALIZADA. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. MANUTENÇÃO DA COMPETÊNCIA VIOLAÇÃO AO ART. 535, CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O artigo 87 do CPC, na parte final, determina o deslocamento por força de ulterior competência *ratione materiae*. 2 . A *contrario senso*, a competência *ratione materiae* não se altera pela criação de vara em sede do imóvel expropriado, por que, mercê de absoluta na forma do artigo 95 do CPC, a referida regra somente gera a *perpetuatio* quando originariamente a ação é proposta no *forum rei sitae*. 3. *In casu*, a ação de desapropriação foi ajuizada perante vara especializada em direito agrário, com superveniente criação de vara federal em cidade com jurisdição sobre o município onde encontra-se localizado o imóvel objeto da demanda expropriatória, o que importa em manter a competência do juízo especializado, cuja competência também é absoluta. 4. A ofensa ao art. 535 do CPC não resta configurada quando o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão. 5. Recurso especial provido.(REsp 1028117 / CE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Data do Julgamento 12/05/2009, Data da Publicação/Fonte DJe 25/05/2009)

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INSTALAÇÃO DE NOVAS VARAS FEDERAIS. REDISTRIBUIÇÃO DE PROCESSOS. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. NATUREZA REAL. ARTIGO 95 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. COMPETÊNCIA ABSOLUTA. FORO DE SITUAÇÃO DO IMÓVEL.

> *FORUM REI SITAE.* 1. *A perpetuatio jurisdictionis* tem como *ratio essendi* a competência territorial relativa, no afã de fixar-se no domicílio do réu, no momento da demanda, ainda que o demandado altere *a posteriori* o seu domicílio. 2. A competência para as ações fundadas em direito real sobre bem imóvel (CPC, art. 95, *in fine*) é absoluta e, portando, inderrogável, de modo a incindir o princípio do *forum rei sitae,* tornando-se inaplicável o princípio da *perpetuatio jurisdictionis*. 3. A superveniente criação de Vara Federal, situada no local do imóvel, desloca a competência para esse Juízo, na forma do art. 87, do CPC, que assim dispõe: Art. 87 - Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia. 4. A competência absoluta do local do imóvel justifica-se em razão da melhor aptidão do juiz de determinado território para exercer a sua função, cuja competência transmuda-se de relativa para absoluta, em face da natureza pública do interesse que a informa. Precedentes (REsp 936.218/CE, DJ 18.09.2007; AgRg no REsp 958544/PE, DJ 19.10.2007 Resp. REsp. 549.508/SP, DJ. 19.12.2005; Resp. 819225/PR, DJ.16.10.2006; CC. 46771/RJ, DJ. 19.09.2005; CC. 5008/DF, DJ.14.12.1993) 5. Nesse sentido, é cediço em sede de abalizada doutrina: *"A determinação da competência em razão da situação da coisa, ou, mais precisamente, em razão da situação do imóvel, cria o chamado* forum rei sitae*, herança romana, da época imperial. Justifica-se pela evidente conveniência do andamento do processo no foro da situação do imóvel sobre que versar a lide e que se manifesta na diminuição de despesas e de tempo na prática de certos atos e por possibilitar ao juiz da causa o exame direto das coisas sobre que incidir a sua decisão. Com efeito, em quase todas ações relativas a imóvel se produzem vistorias, que são provas de fatos ou circunstâncias inerentes a este, as quais não poucas vezes reclamam a presença do juiz. Demais, é aconselhar-se que, nessas ações, o juiz, ''a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa", se valha da chamada inspeção judicial e se locomova até o imóvel sempre que julgar isso necessário ''para melhor verificação ou interpretação dos fatos que deva observar" (Cód. Proc. Civil, arts. 440 e 442, nº I). O Código de Processo Civil de 1939 instituía o* forum rei sitae *para as ações relativas a imóvel, isto é, para as ações ditas imobiliárias. Restringiu o Código atual a competência daquele foro para as ações reais imobiliárias.* (Moacyr Amaral Santos. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º volume, 5ª ed., Editora Saraiva, 1977, p. 199). 6. Recurso especial desprovido.(REsp 885557 / CE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, Data do Julgamento 11/12/2007 Data da Publicação/Fonte DJe 03/03/2008 LEXSTJ vol. 224 p. 176)

Impende ressaltar que incompetência absoluta deve ser declarada de ofício, para remeter os autos ao juiz competente, sendo todos os atos decisórios anteriores nulos, conforme dispõe o art. 113, *caput* e § 2º do CPC, *in verbis*:

> Art. 113 A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.
> § 1º *Omissis*
> § 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Colaciono jurisprudência que reflete o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL.MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. LIMINAR. EFEITOS. NULIDADE. ART. 113, § 2º, DO CPC. PRECEDENTES DA SEGUNDA E TERCEIRA SEÇÃO DO STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a declaração de incompetência absoluta acarreta a automática nulidade de todos os atos decisórios proferidos pelo Juízo incompetente, independentemente de determinação expressa. 2. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 879.158/ES, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 29/05/2008, DJe 04/08/2008)
>
> AGRAVO REGIMENTAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECLARAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA. ATOS DECISÓRIOS. NULIDADE (ART. 113, §2º, CPC) I- A declaração de incompetência absoluta, com a determinação de remessa dos autos à justiça competente, acarreta a declaração de nulidade de todos os atos decisórios, só se aproveitando os demais atos processuais que não causarem prejuízos às partes. II - Na espécie, não pode subsistir a liminar anteriormente concedida se decisão posterior reconheceu a incompetência absoluta deste e. Superior Tribunal de Justiça para o processamento e julgamento do mandado de segurança e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância (art. 113, §2º, Código de Processo Civil). Agravo regimental desprovido. (AgRg no MS 11.254/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2006, DJ 13/11/2006 p. 221)

Ante o exposto, reconheço a incompetência absoluta da comarca de Maranguape-CE para processar e julgar a referida Ação de Servidão Administrativa, posto ter como objeto imóvel que não se situa nos limites territoriais desta comarca, determinando a remessa dos autos à comarca de Maracanaú-CE, foro de situação da coisa, nos termos dos precedentes do STJ, declarando, consequentemente, a nulidade de todos os atos decisórios proferidos anteriormente (art. 113, § 2º, do CPC), restando os recursos prejudicados.

É como voto.

Fortaleza, 16 de agosto de 2011.

Processo nº 0002296-22.2001.8.06.0000
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: Antônio Bezerra Alves de Sousa
Apelado: Hospital Antônio Prudente S/C Ltda.
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. SITUAÇÃO CLÍNICA DA PACIENTE GRAVÍSSIMA QUE NÃO AFASTA O DIREITO A TRATAMENTO DE FORMA ADEQUADA. DANO MATERIAL AFASTADO. DANO MORAL. CABIMENTO. VALOR SUFICIENTE PARA REPARAR O DANO - ART. 944 DO CPC. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A gravidade da situação clínica da paciente não afasta o direito a tratamento de forma adequada para manutenção de sua dignidade e de sua família;
2. *In casu* o tratamento dispensado revelou pouco zelo para com a paciente e sua família;
3. A condenação em indenização por danos morais deve ser arbitrada em valor suficiente na tentativa de reparar o dano causado, nos termos do art. 944, *Caput*, do Código Civil;
4. Dano material afastado;
5. Condenação em danos morais na importância de R$ 30.000,00 (trinta mil reais);
6. Pretensão recursal parcialmente acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 002296-22.2001.8.06.0000 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTO

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

Deflui dos autos que o autor manejou ação de reparação de danos morais e materiais contra o Hospital Antônio Prudente S/C Ltda., alegando, em síntese, que sua mulher, durante o período de internação hospitalar, recebeu um negligente atendimento, o que provocou lesões e agravamento de seu estado de saúde e, em virtude de tal

tratamento, a transferiu a outro nosocômio, onde já muito debilitada veio a falecer em data de 21.07.1997.

A douta julgadora de planície ao entender que não há nos autos prova suficiente da negligência no atendimento dispensado à paciente, desacolheu o pleito indenizatório.

Pois bem, por primeiro, imperioso estabelecer os limites da controvérsia.

No que tange ao pleito de dano material, imputado ao apelado, consistente no *quantum* pago pelo convênio do promovente (Camed/BNB) ao Hospital, entendo pelo seu afastamento, porquanto não se pode discutir que serviço houve, ainda que tenha havido negligência, pouco zelo.

É de se ressaltar, ainda, que em casos como o dos autos, é indispensável a comprovação da dependência econômica ou a demonstração de relação de contribuição financeira da vítima quanto à subsistência da família, não sobrevindo ao bojo processual nada que arrimasse referido pleito, o que acarreta a improcedência do pedido de que sejam fixados danos materiais e também ser descabida a hipótese de pensionamento.

Lado outro, em relação aos danos morais, o direito à honra tem assento constitucional e a sua violação deve ser reparada no âmbito civil. o primeiro, é de se ressaltar que o que aqui se discute não é o evento morte, mas sim, a qualidade do tratamento dispensado à paciente. A situação clínica da paciente era gravíssima e o falecimento poderia ter ocorrido, ainda que tomadas todas as precauções e realizados todos os procedimentos necessários à sua recuperação.

O próprio autor afirma em seus argumentos recursais, *verbis*:

> "(...) não se discute que uma doença renal seja simples, até por que se assim fosse era de se tratar até mesmo em casa e não dentro de hospital. Todavia, inadmite-se, **data vênia,** é que a paciente ANA LÚCIA mesmo como paciente com problemas renais fosse estigmatizada como PACIENTE TERMINAL, posto que hoje a medicina tem cura a seu alcance para tais pacientes, senão através de tratamento medicamentoso mas por meio de operação/transplante.
> (...)". (grifo do original)

Desta feita, persiste o cerne da questão, diga-se, resume a forma com que foi tratada a paciente e sua família durante a internação, pois mesmo aqueles pacientes terminais têm direito a tratamento de forma dedicada para manutenção de sua dignidade e de sua família ainda que na morte.

No caso, o tratamento dispensado revelou pouco zelo e desconsideração com a paciente e sua família. Como se verifica dos argumentos do próprio autor ao relatar seu testemunho e de sua filha, fl. 03, *verbis*:

> "(...) quando já haviam decorrido, mais ou menos, 20 dias do internamento, o requerente constatou, através de observação de uma de suas filhas, que a Sra. Ana Lúcia estava com dois dentes quebrados. Instada pelo

> suplicante, a médica plantonista, Dra. Fátima Bandeira, informou que os dentes foram quebrados devido ao fato de a paciente ter mordido o dedo de uma enfermeira – cujo nome não quis declinar- sendo necessário forçar a abertura de sua boca, certamente com objeto bastante contundente e de maneira tão imprópria, que provocou a quebra de dois dentes a sangue frio, sendo que um ficou pendurado em sua boca por vários dias. (…)

No dia 14 de maio de 1997, a paciente foi transferida da UTI para um apartamento, onde permaneceu por dez dias, ou seja, até o dia 24 do mesmo mês. Nesse ínterim, foram constatadas novas irregularidades, tais como a falta de lençóis para substituição ao que estava sujo de urina; o descaso das enfermeiras quando chamadas para limpar por sucção a secreção da boca da paciente,-pois por vezes havia tanta secreção acumulada que esta chegava a asfixiá-la. Também, constatou que circulavam livremente pelos corredores do estabelecimento-réu insetos, tais como baratas e moscas.

Colhe-se, ainda, do depoimento da Dra. Maria de Fátima de Lima Bandeira, às fls. 561 *usque* 563, *verbis*:

> "(...) a paciente foi transferida para o apartamento onde passou dez dias por ter apresentado melhora, entretanto no final desses dez dias a paciente apresentou piora no quadro respiratório com uma parada respiratória sendo transferida novamente desta vez para a UTI pos-operatória, por falta de vaga na UTI adulta, entretanto foi transferida no dia seguinte para a UTI adulta, onde permaneceu internada fazendo uso de medicação, acompanhamento médico e cuidados de enfermagem e saiu com a alta solicitada pela família para a gastroclínica no dia 12 de junho de 1997, onde veio a falecer posteriormente; que quando a paciente saiu do hospital Antonio Prudente para a gastroclínica ela tinha realmente um quadro infeccioso, não como septicemia mas como peritonite séptica, que é uma coisa mais localizada; que ao sair do hospital Antonio Prudente a paciente Ana Lúcia tinha escaras e a declarante chegou a ver algumas escaras; que as escaras que a declarante viu foi na região das nádegas, no final das costas; que as escaras não são facilmente tratáveis, que o aparecimento de escaras depende muito do tipo de doença que o paciente tem e principalmente se esta doença interfere na textura da pele e a da Ana Lúcia interferia na textura da pele, no caso a insuficiência renal; que nesse incidente dos dentes a que se referiu o hospital avisou a família de que não tinha condição de promover a extração de imediato visto não contar com serviço de odontologia no hospital, que ocorreram dois episódios com os dentes (...)

Pelos depoimentos verifica-se o descaso por parte do Hospital, a dor e o sofrimento suportados pela família da extinta. Patente, portanto, a existência de danos morais na hipótese.

No conceito de Wilson Melo da Silva (*in* "O dano moral e sua reparação", Forense, 2ª edição, 1969, página 13):

> "Danos morais são lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoal natural de

> direito em seu patrimônio ideal, entendendo-se por patrimônio ideal, em contraposição a patrimônio material, o conjunto de tudo aquilo que não seja suscetível de valor econômico."

Jamais afetam o patrimônio material, como o salienta Demogue. E para que facilmente os reconheçamos, basta que se atente, não para o bem sobre que incidiram, mas, sobretudo, para a natureza do prejuízo final.

Seu elemento característico é a dor, tomado em seu sentido amplo, abrangendo tanto os sofrimentos meramente físicos, como os morais propriamente ditos.

Danos morais, pois, seriam, exemplificativamente, os decorrentes das ofensas à honra, ao decoro, à paz interior de cada qual, às crenças íntimas, aos sentimentos afetivos de qualquer espécie, à liberdade, à vida, à integridade corporal.

No tocante à reparação pelo dano moral, lembremos, mais uma vez, a lição do mestre Wilson Melo da Silva (*in* obra citada, página 427 e 428):

> "Na ocorrência da lesão, manda o direito ou a equidade que se não deixe o lesado ao desamparo de sua própria sorte. E tanto faz que tal lesão tenha ocorrido no campo de seus bens materiais ou na esfera daqueles outros bens seus, de natureza ideal. O que importa, o que é mister, é a reparação, pelo critério da equivalência econômica, num caso, ou pelo critério da simples compensação, da mera satisfação, como o queiram, no outro. Está se diante de um dano a cuja reparação prover-se, esta é que a realidade. E muito embora, na hipótese do dano moral, a reparação se torne um tanto ou quanto dificultosa, não poderíamos, por isso, negar-lhe reparação. Seria ilógico, absurdo e mesmo injurídico que uma dificuldade de ordem material contribuísse para uma injustiça. A pureza de um princípio não poderia,jamais, ser imolada a uma questão contingente."

Ao demais, por que negar-se reparação aos danos morais se tais danos são relevantes e se, não raro, preponderam sobre os próprios danos patrimoniais?

E continua o autor (*in* obra citada, página 441):

> "Mas de que maneira realizar-se essa compensação? Muito simplesmente pela contraposição da alegria à dor. Compensa-se o lesado levando-se-lhe, senão na mesma quantidade, pelo menos na mesma qualidade,bens outros, também ideais, também subjetivos, capazes de neutralizar, nele, a mágoa ou a dor sofrida."

E prossegue (*in* obra citada, página 447):

> "E então se, *ad exemplum*, uma pessoa vem a privar uma outra de um membro, deve ser compelida a compensá-la ou em dinheiro ou em uma honraria qualquer, compatível com a situação de ambos: autor e vítima, dentro de uma estimativa (arbitramento) a ser levada a efeito por uma pessoa honesta."

E, por fim, destaca a função do dinheiro na reparação do dano puramente moral (*in* obra citada, páginas 449 e 450):

> "O dinheiro torna fungível e divisível todas as coisas,escreveu, de uma feita, BRUGI. E, à falta de coisa melhor, como que complementariam *COLIN ET CAPITANT*, serve ele, também iniludivelmente, para curar as feridas e amenizar as angústias."

A brilhante lição torna indiscutível não só a necessidade, como também a possibilidade de reparação do dano moral, a ser fixada com base nas qualidades das vítimas e do ofensor.

Ressalte-se que, não havendo norma legal que estabeleça na hipótese os parâmetros da indenização por dano moral, imperioso seu arbitramento pelo Juízo, considerada a gravidade da lesão, suas nefastas consequências ao autor e a condição econômica da ré.

À vista do exposto, considerando a dor e a *via crucis* relatada pela família da paciente, fixo danos morais no importe de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), sem olvidar as devidas correções que deverão incidir a contar da citação.

Custas e honorários advocatícios pelo apelado, arbitrados em 10% (dez por cento), na forma do art. 20, do Código de Ritos.

É como voto

Fortaleza, 20 de março de 2012.

REEXAME NECESSÁRIO 0002676-35.2007.8.06.0000
RECORRENTE: MM. Juiz de Direito da Vara única da Comarca de Quiterianópolis
RECORRIDO: Antônia Ferreira Soares
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDOR CONCURSADO. DEMISSÃO INDIRETA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. DIREITO AOS VENCIMENTOS INERENTES AO CARGO DURANTE O PERÍODO DE AFASTAMENTO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A demanda tem como escopo a reintegração em cargo público municipal de servidora concursada, vítima de demissão indireta, por ato unilateral da Administração Pública, sem a ocorrência do devido processo legal. Descumprimento dos preceitos insculpidos nos arts. 5º, LV e 41, § 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, impondo a nulidade do ato administrativo e a reintegração da servidora com o percebimento dos salário que,indevidamente, deixou de auferir.

2. Condenação do ente público ao pagamento dos vencimentos não percebidos em face do afastamento ilegal

3.Sentença Mantida

4.Recurso Improvido.

VOTO

Conheço do recurso interposto, uma vez presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Cuida-se de **Remessa Necessária** relacionada à sentença proferida pelo M**M. Juiz de Direito da Vara única da Comarca de Quiterianópolis** ,nos autos da Ação Ordinária de Reintegração em Cargo Público, julgada procedente , interposta por **Antônia Ferreira Soares**, objetivando reintegração em cargo público e a condenação do ente público ao pagamento das verbas retidas.

O magistrado singular determinou a reintegração da servidora, condenando o requerido ao pagamento das verbas referentes aos salários relativos ao período de afastamento, e, ainda, ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 15% (quinze por cento) do valor da causa.

Verifica-se do pedido esposado na exordial que o objetivo da impetrante é retornar ao exercício do cargo exercendo carga horária inicial, bem como o recebimento das verbas retidas pelo ente público.

Nesse aspecto, vê-se que o próprio Município de Quiterianópolis confirma que reteve os salários, sem nenhum procedimento administrativo *"In casu, o(a) requerente não teve nenhuma perda econômica já que o seu salário estar proporcional a sua carga horária , todavia o município por não estar este trabalhando, também deixou de pagar o salário do(a) requerente, pois não seria justo continuarem o(a) requerente recebendo os seus salários sem estar trabalhando"* (sic., fl. 22).

Ocorre que é imprescindível, no âmbito da administração municipal, a instauração de processo administrativo, com as garantias de contraditório e ampla defesa, para realizar a supressão de salários.No caso em tela, observa-se que a impetrante ingressou no serviço público por meio de concurso público, logo, não há que se falar em possibilidade de demissão sem o devido processo legal.

Concurso Público é o procedimento administrativo que tem por escopo selecionar os melhores candidatos para ocuparem os cargos e funções públicas. Segundo ensinamentos do professor José dos Santos Carvalho Filho:

> " O concurso publico é o instrumento que melhor representa o sistema do mérito, porque traduz um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso em três postulados fundamentais. O primeiro é o principio da igualdade, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o principio da moralidade administrativa, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o principio da competitividade, que significa que os candidatos participam de um certame, procurando alçar-se a classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público."

No caso vertente, reconhece a ilegalidade da conduta do ente público, pois houve a ausência de observância ao principio da moralidade, posto que se faz necessário um regular procedimento que garanta o contraditório e a ampla defesa para que a servidora seja demitida, pois somente após a extinção do vinculo, deixa de existir a obrigação de pagar os salários.

Registro, acerca dos efeitos patrimoniais, que a autora somente deixou de perceber seus salários por ato arbitrário emanado da Administração, que deixou de pagar sem a observância dos direitos constitucionais fundamentais, como a ampla defesa e o contraditório, causando prejuízo à servidora, conforme relatado na peça exordial.

Ressalte-se que, nestes casos, é dever da Administração pagar, ao servidor demitido indevidamente, o valor das parcelas relativas aos vencimentos não pagos

desde a época do afastamento,visando, assim, preservar os direitos daquela pessoa que deveria perceber sua remuneração, mas que, por ato ilegal da Administração, restou privado de seu salário.

Nessa esteira, cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. *RESTITUTIO IN INTEGRUM*. PAGAMENTO RELATIVO AO PERÍODO DE AFASTAMENTO. PRECEDENTES. DEMORA ATRIBUÍDA AO PODER JUDICIÁRIO. TORPEZA DA PARTE. INEXISTÊNCIA. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é firme em que a anulação de exoneração, com a respectiva reintegração do servidor público, tem como conseqüência lógica, em respeito ao princípio *restitutio in integrum*, a recomposição integral dos direitos do servidor durante o período em que ficou afastado, entendimento este também aplicável no ressarcimento do prejuízo referente à remuneração que teria auferido o servidor aprovado em concurso público, se houvesse sido nomeado no momento próprio, ou, ainda, se não houvesse sido indevidamente anulado o certame. 2. Decorrente do mecanismo da Justiça a demora, não há falar em torpeza qualquer, tampouco em se dever à parte a delonga na solução do litígio. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no Resp 826829/RJ, Sexta Turma – STJ, rel. Min. Hamilton Carvalhido, 27/11/2007)

Esta Corte de Justiça, realço, já enfrentou casos análogos, concluindo que a demissão de servidor concursado sem a observância de procedimento administrativo que assegure o contraditório e a ampla defesa , gera direito a reintegração, bem como a percepção dos vencimentos que porventura deixou de receber em virtude da conduta do ente público. Veja-se:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. PROFESSOR CONCURSADO. DEMISSÃO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO PRECEDENTE.
> PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. JUNTADA DE DOCUMENTO EM SEDE RECURSAL. AUSÊNCIA DE PROVA DO IMPEDIMENTO. ANULAÇÃO DO ATO DE DEMISSÃO. EFEITOS "EX TUNC". REINTEGRAÇÃO. RESSARCIMENTO DA DIFERENÇA ENTRE O VENCIMENTO DO CARGO E O SALÁRIO PAGO.
> I - À demissão do servidor público, com ou sem estabilidade no cargo, deve preceder processo administrativo para a apuração da culpa, assegurando-lhe a ampla defesa e o contraditório.
> II - A juntada de documentos na fase recursal só se justifica quando provado o justo impedimento para sua oportuna apresentação ou se referir a fato posterior à sentença, o que não é o caso que se cuida. Dicção do art. 517 do Código de Ritos.
> III - Na ausência de comprovação da existência do procedimento administrativo precedente,deve ser tido como nulo o ato de demissão, e

> reintegrado o apelado aos quadros do magistério estadual, em homenagem aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.
> IV – O servidor público, ao ser reintegrado no cargo do qual fora demitido ilegalmente, tem o direito ao ressarcimento de todas as vantagens devidas, desde o ato demissório, fazendo jus ao recebimento das diferenças entre a remuneração que receberia como concursado e a que passou receber como professor contratado.
> V - A prescrição a que se reporta o art. 1º do Decreto 20.910/32 opera-se no quinquênio anterior a propositura da ação. No caso em tela, encontram-se prescritas as prestações vencidas anteriores a 23/02/2000.
> VI - Recurso conhecido e parcialmente provido. Sentença reformada. (TJCE.AC 2005.0002.2304-4/1. Rel. Des. FRANCISCO SALES NETO. DJ 24.09.2008).

> Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. SERVIDOR EFETIVO. EXONERAÇÃO SUMÁRIA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REINTEGRAÇÃO DEVIDA. PAGAMENTO DOS VENCIMENTOS INERENTES AO CARGO DURANTE O PERÍODO DE AFASTAMENTO. SENTENÇA MANTIDA.
> 1.A demanda tem como escopo a reintegração em cargo público municipal de servidora efetiva exonerada sumariamente. *In casu*, a exoneração da promovente se deu por ato unilateral da Administração Pública, sem a ocorrência do devido processo legal. Descumprimento dos preceitos insculpidos nos arts. 5º, LV e 41, § 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988.
> 2.O servidor público reintegrado em cargo efetivo, tem o direito à percepção dos valores que deixou de receber durante o período de seu afastamento indevido. Desse modo, é indiscutível o direito da autora ao recebimento dos vencimentos e vantagens a que faria jus se não tivesse sido ilegalmente afastada do serviço público.
> 3.Reexame necessário conhecido e desprovido. (Reexame Necessário 3081390200880600000 Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 01/06/2011)

Assinalo, por oportuno, que a Suprema Corte também tem o entendimento de que é imprescindível a observância do devido processo legal com as garantias a ele inerentes no caso de demissão de servidor público, do que são exemplos os seguintes julgados:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

> 1.Para a exoneração de servidor público, ainda que em estágio probatório, é imprescindível a observância do devido processo legal com as garantias a ele inerentes. Precedentes.
> 2.Impossibilidade de reexame de provas em recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. (AI 623854 AgR, Relatora Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, 25/08/2009)
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.
> I.- Servidor público, ainda que não goze de estabilidade excepcional, não pode ser exonerado do cargo sem a observância do devido processo legal.
> II. - Agravo não provido. (RE 409997 AgR, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, 22/11/2005)
>
> CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO.SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL NÃO ESTÁVEL. DEMISSÃO POR CONVENIÊNCIA ADMINISTRATIVA. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE.
> 1. É necessário o devido processo administrativo, em que se garantam o contraditório e a ampla defesa, para a demissão de servidores públicos, mesmo que não estáveis. Precedentes: RE 223.927-AgR, DJ de 23.03.2001, e RE 244.543, DJ de 26.09.2003.
> 2. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 424655 ED, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 18/10/2005, DJ 18-11-2005 PP-00024 EMENT VOL-02214-04 PP- 00696)

Assim, ante a inobservância, pela Administração Pública dos Princípios Constitucionais do Devido Processo Legal, do Contraditório e da Ampla Defesa, em face da inexistência de processo administrativo, há que se reconhecer a ilegalidade da conduta do ente público, determinando a reintegração e o pagamento das parcelas remuneratórias que porventura deixou de receber , por motivo alheio à sua vontade, até o efetivo retorno às atividades funcionais.

Diante do exposto, firme nos propósitos acima delineados, e em consonância com a jurisprudência pátria, CONHEÇO da Remessa Oficial, para NEGAR-LHE PROVIMENTO , reconhecendo a ilegalidade da conduta do Município , que demitiu a servidora sem a observância do devido processo legal, **determino a sua reintegração, com o pagamento das parcelas relativas às remunerações não pagas a partir da época em que fora indevidamente afastada de suas funções**,mantendo a sentença *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 21 de agosto de 2012.

Processo nº 0002838-40.2001.8.06.0000
Apelação Cível de Fortaleza
Apelantes: Carlos Alberto Pereira da Rocha e outro
Apelado: Telemar Norte Leste S/A – Oi Fixo
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÕES PREFERENCIAIS. DIVIDENDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA SOBRE O CAPITAL SOCIAL ATUALIZADO. RECURSO PROVIDO.

1. Quem são titulares de ações preferenciais, sem direito a voto, sendo-lhes assegurado o direito à percepção de dividendo prioritário e não cumulativo, buscam a incidência da correção monetária sobre os dividendos a que têm direito;
2. A correção monetária do capital social, entre as suas relevantes funções, integra o conjunto de normas adotadas pela lei, e não depende de deliberação da Assembléia para vigorar, nem está subordinada, para ter eficácia, à decisão dos sócios;
3. Tal correção não se constitui em um *plus,* que se agrega ao capital, mas, sim, possui a função de recompor o valor real da moeda corroído pelas perdas inflacionárias de um dado período;
4. Assim, a parcela da conta de correção monetária deve ser considerada para efeito de distribuição dos dividendos, mesmo que ainda não tenha ocorrido a incorporação ao capital social;
5. Sentença reformada;
6. Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0002838-40.2001.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTO

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

Ab initio, registro que deixo de analisar o Agravo Retido, aviado pelos réus apelados, já que não observado o disposto no art. 523, do CPC. Isto porque, muito embora o Agravo Retido seja o recurso cabível contra as decisões proferidas após a sentença, só pode ser conhecido quando a parte o requerer expressamente sua apreciação pelo Tribunal nas razões ou na resposta de apelação, o que não ocorreu no presente caso.

Sem preliminares a reclamar análise, passo ao mérito.

Do exame percuciente dos presentes autos, verifica-se que o ponto nodal da questão está em saber se os dividendos correspondentes às ações preferenciais de que os apelantes são titulares devem ter como base de cálculo o capital social corrigido

à época do encerramento do exercício social, ou calculados sem se considerar a reserva de correção monetária.

Pois bem, mister que se faça algumas considerações antes de adentrar ao mérito.

O direito brasileiro tem feito, tradicionalmente, a distinção entre os titulares de ações ordinárias, que têm direito de voto e participam da gestão da empresa, e os titulares de ações preferenciais sem direito de voto, considerados como tendo um *título de renda de poupança,* sendo *acionistas rendeiros* ou *bailleurs de fonds* e, consequentemente, sem qualquer ingerência no comando da vida societária (Arnold Wald, *in* EM DEFESA DAS AÇÕES PREFERENCIAIS, Rev. Dir. Mercantil, Vol. 78, pág. 19).

Deste modo, em troca do voto, que nunca usará, o *investidor* recebe o título que lhe assegura dividendos, mesmo quando o lucro não basta para pagar os acionistas ordinários, tratando-se, na realidade de verdadeiras *ações de poupança* (BULHÕES PEDREIRA e ALFREDO LAMY).

Vale ressaltar, ainda que, na hierarquia das normas jurídicas, o Estatuto Social, norma particular, encontra-se em plano inferior ao da lei, norma pública, de modo que a regra estatutária não tem valor, eficácia ou incidência, tornando-se nula ou inaplicável, quando em confronto ou discordância com a regra legal superior.

Retornando a questão meritória, resta claro entender que a correção monetária não pode ser entendida como um *plus* que se agrega ao capital, mas sim, recomposição do valor real da moeda, corroído pelas perdas inflacionárias de um dado período.

Deste modo, a correção monetária deve ser considerada para efeito de distribuição dos dividendos, ainda que não tenha ocorrido a incorporação ao capital social, e considerar o contrário encerraria violação ao direito dos acionistas preferenciais de verem remunerado devidamente o capital aplicado.

Portanto, não se pode privar os investidores acionários das sociedades anônimas dos dividendos que correspondam efetivamente ao ganho patrimonial da sociedade empresária, de modo que a omissão da conta "reserva da correção monetária do capital social", da base de cálculo dos dividendos, evidencia flagrante prejuízo aos acionistas.

Ademais, não se pode olvidar que o direito dos acionistas contemplados pelo legislador terá o exercício previsto na sistemática da lei e do seu não-pagamento decorrerá o direito desse sócio de postular, perante a sociedade e o Judiciário, o crédito dele decorrente, independentemente de alteração estatutária e até de deliberação da assembléia que declare tal dividendo, podendo ser argüida, inclusive, a nulidade da deliberação assemblear que contrarie as novas disposições societárias" (ARNOLD WALD e LULA RANGEL DE MORAIS, *in* REGIME DAS AÇÕES PREFERENCIAIS NA NOVA LEGISLAÇÃO SOCIETÁRIA, Rev. Dir. Bancário e do Mercado de Capitais, pág. 56).

No caso *sub examine*, as ações são preferenciais, como já anota sua própria nomenclatura, sendo certo que possuem determinados privilégios, assegurados pela Lei de regência, visando primordialmente compensar a ausência de direito a voto com as demais vantagens, como a prioridade no recebimento do dividendo, de modo que não se

pode admitir a exclusão do percentual relativo à atualização monetária sobre o cálculo destes dividendos, sem ferir de morte a própria natureza deste tipo de ação.

Tal entendimento encontra-se em sintonia com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÕES PREFERENCIAIS. DIVIDENDOS. CORREÇÃO MONETÁRIA.
> **1. "As reservas da conta de correção monetária devem ser consideradas para o efeito de distribuição dos dividendos, mesmo que ainda não tenham sido incorporadas ao capital social." (REsp nº 118.880/DF).**
> 2. "As empresas que se enquadraram na regra de transição do art. 297 da Lei 6.404/76 não estão dispensadas de levarem em conta a correção monetária do capital para o efeito do pagamento dos dividendos das ações preferenciais. Precedentes." (Resp. 262.771/SP).
> 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 275.887/SP, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2005, DJ 16/05/2005, p. 351)

E mais,

> "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL NÃO ADMITIDO. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÕES PREFERENCIAIA. CORREÇÃO MONETÁRIA. **1. Os dividendos das ações preferenciais não podem ser calculados sem o cômputo da correção monetária do capital social.** 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no Ag 462.205/PB, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 06/02/2003, DJ 31/03/2003, p. 220)

> ANULATÓRIA. COBRANÇA. SOCIEDADE ANÔNIMA. CAPITAL SOCIAL. DIVIDENDOS. DISTRIBUIÇÃO. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA. **I - A base de cálculo para distribuição dos dividendos deve ser o capital social anualmente corrigido. II - A correção monetária é devida, independentemente de deliberação da Assembléia a respeito, por representar mera atualização do capital social, sendo certo que a não incidência favoreceria o enriquecimento sem causa da Companhia.** III - Recurso improvido. Unânime. (APC5232899, Relator NÍVIO GONÇALVES, 3ª Turma Cível, julgado em 23/08/1999, DJ 13/10/1999 p. 24). (grifei)

Em face do exposto, dou provimento ao recurso, para determinar o pagamento dos dividendos relativos aos exercícios de 1993 e 1994, com a incidência da correção monetária devida, descontados os valores já pagos sem correção.

Custas e honorários pela apelada, fixados em 20% (vinte por cento), nos moldes do art. 20, § 3º, do Código de Ritos.

É como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

Nº PROCESSO: 0003871-60.2004.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 28ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: RAIMUNDO LOURENÇO COLARES
APELADO: BBV PREVIDÊNCIA E SEGURADORA BRASIL S/A
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. SEGURO DE VIDA E INVALIDEZ PERMANENTE. INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA AFASTADA. DOENÇA PREEXISTENTE. MÁ-FÉ DO SEGURADO CARACTERIZADA.

1. A partir da análise da prova aos autos coligida, tem-se que o Embargado, ora Apelante, já tinha conhecimento que possuía complicações de saúde ligadas à causa que o levaram à invalidez permanente e, mesmo assim, sobre isso manteve-se silente quando do preenchimento do contrato do seguro contratado, o que caracterizou a sua má-fé, afastando, por conseguinte, qualquer direito à indenização postulada.

2. Na espécie, revela-se indevida a indenização postulada, sendo o caso de se aplicar o art. 1.444 do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido".

APELAÇÃO CONHECIDA PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0003871-60.2004.8.06.0000, em que figuram, como Apelante RAIMUNDO LOURENÇO COLARES e, como Apelado BBV PREVIDÊNCIA E SEGURADORA BRASIL S/A, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível nos Embargos à Execução ajuizada

por BBV PREVIDÊNCIA E SEGURADORA BRASIL S/A em face de RAIMUNDO LOURENÇO COLARES, em que o Embargante afirma que o segurado omitiu a sua real situação de saúde quando da celebração do contrato, usando de má-fé, pois possuía uma doença preexistente, devendo ser declarada a nulidade da Execução.

Em sua defesa de fls. 33/37, o Embargado alega que houve negligência da seguradora em contratar sem submetê-lo aos exames necessários e que já encontra-se comprovadamente inválido.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático prolatou sentença julgando procedente os presentes Embargos à Execução, declarando ser indevido o pagamento da verba securitária pleiteada na Ação de Execução apensa.

É o que se lê às fls. 50/53.

Irresignado com a decisão, a Apelante interpôs recurso de apelação, aduzindo que a Apelada age com má-fé e se recusa a pagar o "prêmio", seja por invalidez permanente, seja por incapacidade temporária; que não houve ciência prévia do contrato como exige o Código de Defesa do Consumidor; e, que a seguradora não acostou provas incontestes de que o Apelante omitiu a doença preexistente.

É o conteúdo das fls. 54/58.

Contrarrazões do Apelado às fls. 60/66, reproduzindo o teor de sua peça inicial.

Às fls. 89, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

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.

Fortaleza, 14 de março de 2012.

VOTO

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

Cumpre esclarecer que a presente demanda tem por origem a Apólice de Seguro nº SP.93.000007 (fls. 06 da Execução), cujo contrato foi celebrado com o antigo Excel Cigna Seguradora S/A, hoje BBV Previdência e Seguradora Brasil S/A.

Consoante se infere dos autos dos Embargos, a Embargante recusou-se a pagar a indenização postulada, alegando que a invalidez permanente do segurado é preexistente a contratação do seguro.

No caso em apreço, constata-se que não merece reparo a sentença impugnada. É que, a partir da análise da prova aos autos coligida, tem-se que o Embargado, ora

Apelante, já tinha conhecimento que possuía complicações de saúde ligadas à causa que o levaram à invalidez permanente e, mesmo assim, sobre isso manteve-se silente quando do preenchimento do cartão proposta do seguro contratado, o que caracterizou a sua má-fé, afastando, por conseguinte, qualquer direito à indenização postulada.

O prontuário médico de fls. 27/27-v, mostra que, antes da assinatura do contrato de seguro, o segurado já sofria com varizes de esôfago, tendo três episódios de hemorragias digestivas e realizado até transfusão de sangue. O diagnóstico dado pela Drª. Maria Neodan Tavares Rodrigues é de que o segurado é portador de varizes de esôfago e de hemorragia. Imperioso ressaltar que o primeiro atendimento do Embargado data de 10 de outubro de 1996.

Já o atestado médico de fls. 07 da Execução, assinado pelo Dr. Paulo Marcos Lopes, afirma que a causa da invalidez por doença foi a cirrose hepática mais varizes de esôfago e estômago.

Comprova-se, portanto, a má-fé do segurado, já que este sabia das doenças que lhe acometia e não declarou na ocasião da assinatura do contrato de seguro.

J. M. Carvalho Santos, em Código Civil brasileiro interpretado - Direito das obrigações, trata sobre o assunto:

> "O segurado, em se tratando de seguro de vida, deve, regra geral, esclarecer a idade, a profissão, o estado de saúde. Qualquer informação falsa ou errada, qualquer omissão ou reticência, da parte do segurado, dará motivo à nulidade do contrato, pelas razões já conhecidas. Mas, evidentemente, quando o segurador, por esse fundamento, recusa pagar o seguro, claro que lhe cabe provar: a) não só que o segurado, no momento da celebração do contrato, já sofria da moléstia de que veio a falecer; b) como ainda que ele a conhecia e que efetivamente a dissimulou"

Em caso semelhante, assim decidiu esta Corte:

> "PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - EMBARGOS MONITÓRIOS - DESNECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA - AGRAVO RETIDO IMPROVIDO - SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS - INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA AFASTADA - DOENÇA PREEXISTENTE - MÁ-FÉ CARACTERIZADA - APELAÇÃO IMPROVIDA.
> 1. Mostra-se inexistente o alegado cerceamento de defesa. Ora, como é cediço, o magistrado é o destinatário final da prova e é seu dever indeferir a produção de provas desnecessárias ou procrastinatórias, quando observar que o conjunto probatório constante do caderno processual já é suficiente para o desate da lide. No caso em comento, basta uma análise das provas colacionadas aos autos para se constatar que elas são mais que suficientes para subsidiar o julgamento da *quaestio* posta em juízo, sendo desnecessária, portanto, a produção da prova postulada.
> 2. Tem-se que as seguradoras têm o dever de tomar todas as cautelas

> necessárias no momento da contratação do seguro, no intuito de se cientificar da real situação do pretendente segurado. Ao não submetê-lo à avaliação de saúde, aceitando as informações que lhe foram prestadas, não se mostra razoável alegar doença preexistente como fundamento para negar a indenização contratada, salvo comprovada má-fé.
> 3. A partir da análise da prova aos autos coligida, tem-se que o Autor, ora Apelante, já tinha conhecimento que possuía complicações de saúde ligadas à causa que o levaram à invalidez permanente e, mesmo assim, sobre isso manteve-se silente quando do preenchimento do cartão proposta do seguro contratado, o que caracterizou a sua má-fé, afastando, por conseguinte, qualquer direito à indenização postulada.
> 4. Na espécie, revela-se indevida a indenização postulada, sendo o caso de se aplicar o art. 1.444 do Código Civil de 2002, segundo o qual: "Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido".
> 5. Agravo Retido e Apelação conhecidos e improvidos.
> 6. Sentença mantida". (TJ/CE. Apelação 3288844200480600000. Rel. Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA. Decisão em 31/10/2011)

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo também já decidiu neste sentido. Vejamos:

> "SEGURO DE VIDA E ACIDENTES PESSOAIS EM GRUPO - DOENÇA PREEXISTENTE – ALEGADA OMISSÃO DO SEGURADO NO PREENCHIMENTO DA PROPOSTA - MÁ-FÉ CONFIGURADA – INDENIZAÇÃO INDEVIDA. Havendo efetiva comprovação de que o segurado tinha conhecimento da doença que o acometia, preexistente à contratação do seguro, omitindo conscientemente informação relevante sobre suas condições de saúde, cujo conhecimento pela seguradora poderia influir ou definir sua aceitação ou não da proposta, ou mesmo ensejar contratação em termos diversos, fica afastada a possibilidade de recebimento de indenização dela decorrente. (TJ/SP. Apelação nº. 9058584-63.2007.8.26.0000. Rel. Des. Andrade Neto. Data do julgamento: 08/06/2011)

Mercê de tais considerações, revela-se indevida a indenização postulada, sendo o caso de se aplicar o art. 1.444 do Código Civil, segundo o qual: "Se o segurado não fizer declarações verdadeiras e completas, omitindo circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito ao valor do seguro, e pagará o prêmio vencido".

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

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de março de 2012.

Nº PROCESSO: 0003993-78.2000.8.06.0173
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 1ª Vara da Comarca de Tianguá
APELANTE: JOAQUIM GUEDES NETO
APELANTE: BERENICE MARTINS FERREIRA BORGES
APELADO: BRADESCO SEGUROS S/A
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ABALROAMENTO DE VEÍCULO QUE REALIZOU ULTRAPASSAGEM PROIBIDA A VEÍCULO QUE TRANSITAVA EM VELOCIDADE SUPERIOR AO DOBRO DO PERMITIDO PARA O LOCAL. CULPA CONCORRENTE. DANOS MORAIS E MATERIAIS CONFIGURADOS. SEGURO. DANO MORAL INSERIDO NOS DANOS PESSOAIS. RESPONSABILIDADE DA SEGURADORA EM RESSARCIR TODOS OS DANOS, ATÉ O LIMITE DA COBERTURA DA APÓLICE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS PELA SEGURADORA.

1. A culpa recíproca não afasta a responsabilidade, pois há culpa. O que exime e exclui o reconhecimento de uma condenação é quando ambos as partes concorrem para o evento desastroso com a mesma intensidade. Não é o caso dos autos.

2. Verifica-se que o acidente ocorreu por uma maior culpa do Promovido, o qual realizou manobra de ultrapassagem em faixa contínua, vindo a colidir frontalmente com a viatura da Polícia Rodoviária Federal - PRF, na qual a Autora transitava. Também em desatenção às regras de trânsito.

3. Ocorre que, a velocidade despendida pela viatura oficial, era de 66 km/h, conforme faz prova o laudo oficial de fls. 17/20, quando a velocidade máxima permitida para aquele trecho da rodovia, era de 30 km/h, conforme atestado pela própria PRF, no ofício de fls. 702. Portanto, se o veículo oficial estivesse com uma velocidade compatível com a máxima permitida, o acidente poderia ter sido evitado, configurando assim, a culpa concorrente no caso em apreço, devendo ser mantida a proporção de 60% (sessenta por cento) dos danos a serem suportados pelos Promovidos e, 30% (trinta por cento) a ser suportado pela Autora.

4. 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. Deste modo, o valor arbitrado pelo Juízo de piso, em 40 (quarenta) salários mínimos, encontra-se razoável e proporcional ao que foi acima relatado.

5. Aplicável ao caso, é a Súmula 402 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que dispõe o seguinte: "O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão". Assim, verificado os termos das condições especiais do contrato de seguro (fls. 481/492), constata-se que não há cláusula expressa de exclusão de cobertura de danos morais, sendo perfeitamente aplicável a aludida súmula.

APELAÇÕES CONHECIDAS, SENDO IMPROVIDO O RECURSO DA AUTORA E PARCIALMENTE PROVIDO O APELO DOS PROMOVIDOS.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos das Apelações Cíveis nº. 0003993-78.2000.8.06.0173, em que figuram, como Apelantes JOAQUIM GUEDES NETO e BERENICE MARTINS FERREIRA BORGES e, como Apelado BRADESCO SEGUROS S/A, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO dos Apelos, para NEGAR PROVIMENTO à Apelação da Autora e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso dos Promovidos, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

VOTO

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

Em se tratando de responsabilidade civil por acidente de trânsito, por força da teoria subjetiva, tem-se como indispensável à configuração do dever de indenizar, a comprovação do comportamento culposo do agente, cabendo à vítima ou ao terceiro prejudicado desincumbir-se desse ônus, nos termos do artigo 333, inciso I do Código de Processo Civil.

Após cautelosa análise dos fatos, restou nítida a prova de que, foi o veículo do Promovido, que teve a maior responsabilidade no abalroamento que resultou nos danos sofridos pela Autora, sendo verificado ainda, que não houve a atenção e a prudência necessária daquele que dirigia um veículo de grande porte na via. Contudo,

verificou-se também, que o veículo da Autora, imprimia velocidade incompatível com a máxima permitida para o trecho.

Segundo as regras gerais de responsabilidade civil, para que reste caracterizado o dever de reparar, deve estar presente o liame de causalidade entre a ação ou omissão e resultado, apto a apontar a responsabilidade na reparação do dano sofrido assim como insculpido nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil de 2002:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.
>
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Analisando o conjunto probatório, verifica-se que o acidente ocorreu por uma maior culpa do Promovido, o qual realizou manobra de ultrapassagem em faixa contínua, vindo a colidir frontalmente com a viatura da Polícia Rodoviária Federal, na qual a Autora transitava.

Verifica-se conduta imprudente do condutor do veículo que, ao efetuar manobra excepcional, não tomou a cautela prescrita no art. 34 do Código de Trânsito (Lei nº 9.503/97), que assim preceitua:

> Art. 34. O condutor que queira executar uma manobra deverá certificar-se de que pode executá-la sem perigo para os demais usuários da via que o seguem, precedem ou vão cruzar com ele, considerando sua posição, sua direção e sua velocidade.

Ocorre que, a velocidade despendida pela viatura oficial, era de 66 km/h, conforme faz prova o laudo oficial de fls. 17/20, quando a velocidade máxima permitida para aquele trecho da rodovia, era de 30 km/h, conforme atestado pela própria Polícia Rodoviária Federal, no ofício de fls. 702. Portanto, se o veículo oficial estivesse com uma velocidade compatível com a máxima permitida, o acidente poderia ter sido evitado, configurando assim, a culpa concorrente no caso em apreço, devendo ser mantida a proporção de 60% (sessenta por cento) dos danos a serem suportados pelos Promovidos e 30% (trinta por cento) a ser suportado pela Autora.

Disciplina o art. 945 do Código Civil:

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

O artigo 945 do Código Civil regula a indenização em caso de concorrência de culpa da vítima do evento danoso, determinando que a sua fixação deverá observar a gravidade da culpa da vítima em confronto com a culpa do autor do dano.

A respeito, leciona CLAUDIO LUIZ BUENO DE GODOY:

> "Há que se ver, também no preceito em comento, a idéia foi de atuação da equidade como fundamento de fixação de uma indenização que deve tomar em conta, no fundo, o grau de causalidade, ou seja, o grau de cooperação de cada qual das partes à eclosão do evento danoso. E esse grau de cooperação pode ser diferente, maior ou menor, para cada uma das partes, justamente, como imperativo de equidade, o que o juiz deve avaliar. Por isso é que se pode proporcionalizar a indenização devida a cada um dos lesados de forma desigual." (Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência: coordenador Cezar Peluso – vários autores - 5ª Ed. – Barueri/SP – Ed Manore,2011. p. 958.)

Reconhecida a culpa concorrente em colisão de veículos, os danos devem ser ressarcidos de acordo com a proporcionalidade da culpa adstrita a cada uma das partes, de forma que incumbe ao réu indenizar o autor pagando o valor dos danos reduzido à proporção apurada de sua responsabilidade, uma vez que a vítima contribuiu para o acidente.

> "Ou seja: é a partir da dosagem da culpa que se mede a responsabilidade do autor do dano e a extensão da indenização devida pelos danos causados." (NERY JUNIOR, Nelson. Código Civil Comentado. Nelson Nery Junior, Rosa Maria de Andrade Nery – 8ª Ed.. São Paulo – Ed. Revista dos Tribunais, 2011. p. 833.)

Em caso análogo, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu:

> REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. VEÍCULO DO AUTOR QUE TRAFEGAVA EM VIA PREFERENCIAL E EM VELOCIDADE ACIMA DA PERMITIDA. VEÍCULO DO RÉU QUE INGRESSA EM VIA PREFERENCIAL, SEM AS DEVIDAS CAUTELAS. CULPA CONCORRENTE. REDIMENSIONAMENTO DA PROPORÇÃO DE CULPA.
> I - Culpa concorrente evidenciada: a do condutor do veículo da autora, por trafegar em velocidade excessiva; a do réu, porque cruzou via preferencial, desrespeitando a parada obrigatória e intervindo no fluxo do qual provinha o veículo da adversa.
> II – Características do sinistro que permitem concluir pela culpa em proporção maior pelo réu, devendo arcar com 70% dos prejuízos suportados pela parte adversa, compensados com 30% dos danos ocasionados em seu veículo.
> RECURSO PROVIDO EM PARTE. (TJ/RS. APELAÇÃO Nº.

71003548062, REL. FERNANDA CARRAVETTA VILANDE, DATA DE JULGAMENTO: 29/02/2012, SEGUNDA TURMA RECURSAL CÍVEL, DATA DE PUBLICAÇÃO: 05/03/2012)

Vale ter presente, também, outros casos julgados por outros Tribunais Estaduais, em que a culpa concorrente em acidente de trânsito ensejou a proporcionalidade das responsabilidades:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO DE AGRAVO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO MONOCRATICAMENTE -AÇÃO SUMÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR DELITO DE TRÂNSITO- ÓBITO- RESPONSABILIDADE CIVIL- CULPA CONCORRENTE- DANO MORAL INDENIZÁVEL PROPORCIONALMENTE- AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA REFORMA DA DECISÃO HOSTILIZADA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO EM DECISÃO UNÂNIME.

1. O caso concreto versa em torno de acidente de trânsito, em que o veículo de propriedade da apelante atropelou o pai dos apelados, levando-o à óbito.

2. Pode-se inferir através dos depoimentos testemunhais que o motorista do caminhão conduzia o veículo com velocidade incompatível para o local, pois apesar de ser uma rodovia, tratava-se de perímetro urbano e ponteado de quebra-molas.

3. Pelo exposto, a velocidade incompatível de tráfego para o local foi a causa principal da colisão e da morte da vítima, embora seja inegável que esta tenha concorrido para o evento, ao se transportar dependurada no caminhão graneleiro.

4. Atribuindo-se culpa concorrente aos envolvidos no acidente, o dever de indenizar deve ser proporcional às ações dos causadores do acidente.

5. Unanimemente, foi negado provimento ao recurso de agravo. (AGR 8452020068171280 PE 0018568-36.2011.8.17.0000, Relator: Josué Antônio Fonseca de Sena, Data de Julgamento: 25/10/2011, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 201)

JUIZADOS ESPECIAIS. CULPA CONCORRENTE. PROPORCIONALIDADE DA CULPA DE CADA PARTE NO EVENTO DANOSO. APLICAÇÃO DO ART. 945 DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO DO AUTOR CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DA PARTE RÉ PREJUDICADO. SENTENÇA CASSADA.

1- A CULPA CONCORRENTE OCORRE QUANDO O AGENTE E A VÍTIMA CONCOMITANTEMENTE COLABORARAM PARA O RESULTADO LESIVO, IMPLICANDO EM REDUÇÃO PROPORCIONAL DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO.

2 - A INDENIZAÇÃO PODERÁ SER REDUZIDA, MAS NÃO SUPRIMIDA TOTALMENTE..

3 - RECURSO PROVIDO.

4 - SENTENÇA CASSADA. (ACJ 188607620118070007 DF 0018860-

> 76.2011.807.0007, Relator: HECTOR VALVERDE SANTANA, Data de Julgamento: 27/03/2012, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Data de Publicação: 30/03/2012, DJ-e Pág. 257)

> INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÂNSITO - CULPA CONCORRENTE - RESPONSABILIDADE MITIGADA - INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL A GRAVIDADE DA CULPA - PERDA TOTAL DO VEÍCULO - DEDUÇÃO DA IMPORTÂNCIA DO SALVADO - LUCROS CESSANTES - NÃO COMPROVAÇÃO. INDENIZAÇÃO - ACIDENTE DE TRÃNSITO- CULPA CONCORRENTE - RESPONSABILIDADE MITIGADA - INDENIZAÇÃO PROPORCIONAL A GRAVIDADE DA CULPA - PERDA TOTAL DO VEÍCULO - DEDUÇÃO DA IMPORTÂNCIA DO SALVADO -IMPOSSIBILIDADE - LUCROS CESSANTES - NÃO COMPROVAÇÃO - LIDE SECUNDÁRIA - SEGURADORA - PAGAMENTO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO ATÉ O LIMITE DA APÓLICE CONTRATADA.
> Segundo determina o art. 945 do Código Civil/2002, verificada a concorrência da culpa da vítima com a do agente causador do dano, a responsabilidade deste é mitigada, devendo a indenização ser fixada tendo-se em conta a gravidade da culpa da vítima em confronto com a do autor do dano. A mera possibilidade de ganho não é suficiente para dar ensejo à indenização à título de lucros cessantes, sendo necessário que seja comprovado o não auferimento de ganhos por descumprimento de obrigações ou não aquisição de direitos em decorrência do ato ilícito do agente. A denunciação à lide tem por finalidade a garantia de um direito de regresso e se justifica pela necessidade de se atribuir a terceiro estranho a lide a responsabilidade pelos efeitos gerados da demanda. (104600501658400011 TJMG 1.0460.05.016584-0/001(1), Relator: D. VIÇOSO RODRIGUES, Data de Julgamento: 31/07/2007, Data de Publicação: 13/08/2007)

Todos os fatos da demanda foram discutidos, de forma que evidenciados restaram todos os elementos componentes do ato ilícito: fato lesivo, dano produzido e nexo causal, requisitos de validade suficientes para comprovar a culpa do réu.

Com efeito, não há como tecer crítica ao *decisum* de primeiro grau no que diz respeito à caracterização dos danos e da culpa concorrente, uma vez que se verifica que foi prolatado de acordo com o conteúdo do processo, inclusive, apoiando-se em documentação probatória livre de qualquer pecha de falsidade ou erro.

No tocante a quantificação dos danos morais, como se sabe, é matéria de intenso debate na esfera jurídica, em virtude de sua intrínseca subjetividade, devendo o órgão julgador, quando de sua fixação, arbitrá-lo de uma forma que não provoque o enriquecimento sem causa da parte ofendida, assim como não estabeleça um valor insignificante de modo a incentivar a conduta ilícita do devedor.

Decerto, 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.

Deste modo, o valor arbitrado pelo Juízo de piso, em 40 (quarenta) salários mínimos, encontra-se razoável e proporcional ao que foi acima relatado.

Por oportuno, destaca-se que mesmo em relação aos danos morais há de ser observado a proporção da culpa do réu, entendimento esse adotado pelo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

> "CIVIL -RESPONSABILIDADE CIVIL -ACIDENTE DE TRÂNSITO -MORTE -DANOS MORAIS -FORMA DE PAGAMENTO -NATUREZA DISTINTA DA PENSÃO MENSAL -CULPA CONCORRENTE -REDUÇÃO DO *QUANTUM* -RECURSO DESACOLHIDO
> I -(...).
> II - **O reconhecimento da culpa concorrente tem o condão de reduzir o valor da indenização, sabido, outrossim, que, entre outros critérios, o grau de culpa deve ser observado no arbitramento do dano moral**" (STJ -RESP 403940 -TO -4ª T. -Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira -DJU 12.08.2002).

Portanto, conforme asseverado pelo juízo *a quo,* desse *quantum* deverá ser reduzido a proporção de 40%.

Por fim, quanto ao argumento levantado na Apelação dos Promovidos, de que os danos morais estão inclusos no contrato de seguro, e que o litisdenunciado Bradesco Seguros S/A é quem deve ressarcir todos os prejuízos, inclusive os de danos morais, tal assertiva encontra respaldo na jurisprudência pátria. Vejamos:

> "APELAÇÃO - Dano moral - Responsabilidade Civil - Acidente de trânsito – Seguradora - Dever de indenizar constante da apólice - Dano moral incluído no dano pessoal, eis que é espécie deste - Indenização até limite do valor do contrato - Indenizatória procedente - Recurso não provido." (TJ/SP. Apelação nº. 0032877-09.2007.8.26.0564. Rel. Des. HERALDO DE OLIVEIRA. Decisão em 19/10/2011)

Do Acórdão acima mencionado, extraímos trecho do voto:

> "De toda sorte, é de sua responsabilidade efetuar o pagamento em regresso da indenização a que foi condenada a requerida-denunciante a título de danos morais, posto que já é tranquilo o entendimento de nossos Tribunais, em compreender os danos morais como parte de seguros pessoais devido à vítimas, não tendo a distinção de corporal como pretende no apelo, pois os danos pessoais são abrangidos por toda a gama de consequências sinistras que venham acontecer à vítima, ou seja, o próprio dano material em si, bem como o dano psicológico, que caracteriza o dano moral, e venha a ser o dano pessoal constante".

> "Nesse sentido vem expressando o E. Superior Tribunal de Justiça":
>
> "Com relação ao primeiro tema recursal, atinente à obrigação da seguradora recorrente ressarcir a ré/denunciante pelo pagamento do dano moral, em face de o contrato prever a cobertura de dano pessoal de terceiro, tenho que não merece reforma a decisão 'a quo'. Induvidoso que uma pessoa não se circunscreve à esfera física ou somática, englobando, igualmente, a do ser social ou moral, daí a ofensa desta última qualidade se inserir no conceito de dano pessoal para fins, também, de cobertura securitária e da ação regressiva contra o causador do sinistro."

Pelo exposto, é de se reconhecer que o trauma psicológico sofrido pela vítima deve ser indenizado, pois caracteriza o dano pessoal que é coberto pela apólice firmada entre as partes para o presente caso.

Aplicável ainda ao caso, é a Súmula 402 do Superior Tribunal de Justiça - STJ, que dispõe o seguinte:

> "O contrato de seguro por danos pessoais compreende os danos morais, salvo cláusula expressa de exclusão".

Assim, verificado os termos das condições especiais do contrato de seguro (fls. 481/492), constata-se que não há cláusula expressa de exclusão de cobertura de danos morais, sendo perfeitamente aplicável a Súmula nº. 402 do STJ.

Quanto aos honorários advocatícios, também assiste razão ao Apelo dos Promovidos, pois a litisdenunciada BRADESCO SEGUROS S/A, restou vencida no processo, tendo que arcar com todos os danos, até o limite da cobertura da apólice. Deste modo, o ressarcimento também incluiu a verba sucumbencial, devendo ser suportada pela seguradora, no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO dos Recursos interpostos, para NEGAR PROVIMENTO à Apelação da Autora e, DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação dos Promovidos, no sentido de condenar à litisdenunciada a ressarcir os denunciantes, em regresso, de todo o valor que estes tenham que desembolsar, até o limite da cobertura da apólice, inclusive os danos morais, mantendo a sentença vergastada nos demais termos.

Determino ainda, a condenação da parte litisdenunciada nas verbas sucumbenciais, no percentual de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

Nº PROCESSO: 0005264-20.2004.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 30ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A - BEC
APELADO: JOSÉ MARDONIO DUARTE e JOSÉ MARDONIO DUARTE - ME
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: AÇÃO REVISIONAL. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. 1. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. POSSIBILIDADE. 2. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA AFASTADA. 3. LIMITAÇÃO DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS EM 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO ACRESCIDOS DE JUROS DE MORA DE 1% AO ANO. PRECEDENTES DESTA RELATORIA (AC nº. 0026917-15.2003.8.06.0000, 841-36.2000.8.06.0039 e AC nº. 92-98.2002.8.06.0000)

1. A possibilidade de capitalização de juros nas cédulas de crédito industrial é expressamente autorizada, também, no artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, posicionamento, inclusive, consolidado no âmbito do STJ, tanto que sobre o tema editou a Súmula nº 93.

2. O entendimento jurisprudencial dominante, e, pacífico no âmbito do STJ, é que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial, fica vedada a cobrança de comissão de permanência.

3. Diante da omissão do Conselho Monetário Nacional em fixar a taxa de juros a ser pactuada nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial, conforme determina o artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, também resta pacificado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça acerca da limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano.

APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0005264-20.2004.8.06.0000, em que figuram, como Apelante BANCO DO ESTADO DO CEARÁ S/A - BEC, e como Apelado JOSÉ MARDONIO DUARTE e JOSÉ MARDONIO DUARTE - ME, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação Revisional de Contrato ajuizada por JOSÉ MARDONIO DUARTE e JOSÉ MARDONIO DUARTE - ME contra o Banco do Estado do Ceará S/A - BEC, em que o Autor afirma que contraiu do banco um financiamento mediante Cédula de Crédito Industrial e que estão sendo cobrados comissão de permanência cumulada com outros encargos e juros remuneratórios acima do limite constitucional dos 12% ao ano.

Em sua defesa, o Promovido alega da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor; que não há a limitação dos juros remuneratórios inserta no art. 193, §2º da CF; que não há cumulação entre comissão de permanência e correção monetária e nem com outros encargos.

Na ocasião, o Juízo de piso julgou às fls. 75/81, parcialmente procedente a Ação, declarando nulas as cláusulas do contrato que prevejam juros superiores a 12% ao ano, cobrança de comissão de permanência. Ao julgar o Embargos de Declaração de fls.82/86, foi fixado os honorários advocatícios em R$ 2.000,00 (dois mil reais).

Irresignado com a decisão proferida, o banco Réu ingressou com recurso de Apelação, reproduzindo os termos de sua peça de defesa.

É o conteúdo de fls. 95/106.

Contrarrazões à Apelação de fls. 116/130.

Às fls. 156 dos autos, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

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

Inicialmente, conheço do presente recurso de Apelação por estar presentes todos os requisitos de admissibilidade.

A possibilidade de capitalização de juros nas cédulas de crédito industrial é expressamente autorizada, no artigo 5º do multicitado Decreto-Lei 167/67, entendimento já consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, tanto que sobre o tema editou a Súmula nº. 93, de modo que, diante da ausência de controvérsia acerca dessa questão, não há necessidade de maiores explanações. Vejamos:

> "CONSUMIDOR. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. APLICAÇÃO DO CDC. LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS A 12% AO ANO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. CUMULAÇÃO

> DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE. MULTA MORATÓRIA SUPERIOR A 2%. VALIDADE NA HIPÓTESE DOS AUTOS. CORREÇÃO MONETÁRIA PELO IPC. POSSIBILIDADE. MORA. DESCARACTERIZAÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. (…) - Conforme já assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 93), a legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização mensal de juros. (…) (Apelação Cível nº 5833-55.2003.8.06.0000/0, TJCE, 2ª Câmara Cível, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, julgado em 21/11/05, publicado em: 11/01/2006)

Entretanto, assiste razão ao Apelado quanto à impossibilidade de aplicação da comissão de permanência, uma vez que é pacífico o entendimento de que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial fica vedada a sua cobrança, conforme denota o entendimento apresentado pela Ministra Nancy Andrighi no julgamento do AgRg no Resp nº 1.067.057 - RN: "a decisão monocrática está em consonância com a jurisprudência predominante deste STJ no sentindo de que é vedada a incidência de comissão de permanência nas cédulas de crédito rural, industrial e comercial", porquanto, não há previsão legal a possibilitar a incidência do encargo, haja vista que o parágrafo único do mencionado artigo 5º do Decreto-Lei 167/67 possibilita, apenas, a incidência dos juros de mora em caso de inadimplemento. É o que expressa os seguintes julgados:

> COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. CÉDULA DE CRÉDITO RURAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. INCABÍVEL. - É vedada a incidência de comissão de permanência nas cédulas de crédito rural. Agravo não provido. (AgRg no Resp 1.067.057/RN, STJ, Terceira Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em: 06/08/2009, publicado em 19/08/2009)

> REVISIONAL DE CONTRATO - CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL - VEDADA A COBRANÇA DE COMISSÃO DE PERMANÊNCIA - APELAÇÃO IMPROVIDA - SENTENÇA MANTIDA. 1 - Tem a Jurisprudência, inclusive no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, se firmado no sentido de que em se tratando de cédulas de crédito rural, industrial e comercial fica vedada a cobrança de comissão de permanência. Posicionamento este, vale ressaltar, acolhido por esta Corte de Justiça. 2 - Apelação improvida. Sentença mantida. (TJ/CE. Apelação 2745610200580600000. Rel. Desa. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA. Decisão em 14/09/2011)

Dessa forma, determino a não incidência da comissão de permanência, pois caracteriza *bis in idem* a cumulação desta com outros encargos moratórios, devendo ela ser expurgada do contrato.

Uma vez que os contratos firmados entre as partes correspondem a Cédula

de Crédito Industrial, a tese defendida pelo Apelante, BANCO DO NORDESTE S/A, acerca da revogação do §3º do artigo 192 da Constituição Federal pela EC 40/2003, embora correta, não subsiste no caso em tela, pois, diante da omissão do Conselho Monetário Nacional em fixar a taxa de juros a ser pactuada nas cédulas de crédito INDUSTRIAL, conforme determina o multicitado artigo 5º do Decreto-Lei 167/67, resta pacificado o entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça – STJ acerca da limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% ao ano, *in verbis*:

> "BANCÁRIO E PROCESSO CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (…) - Por ausência de deliberação do Conselho Monetário Nacional, a taxa de juros remuneratórios está limitada em 12% ao ano para as cédulas de crédito rural, comercial e industrial. Precedentes. Agravo não provido. (AgRg no REsp 985334 / BA, STJ, Terceira Turma, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 03/02/2009, DJe 17/02/2009) Grifos nossos. Destarte, mantenho a limitação da taxa de juros remuneratórios ao percentual de 12% ao ano determinada pela sentença recorrida".

Com relação aos juros de mora nas Cédulas de Crédito Rural, Industrial ou Comercial, a instituição financeira está autorizada a cobrar, após a inadimplência, apenas a taxa de juros remuneratórios pactuada, elevada de 1% ao ano, a título de juros de mora, além de multa e correção monetária.

Ante aos fundamentos jurídicos apresentados, CONHEÇO Apelação interposta, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, somente no sentido de permitir a capitalização mensal de juros, mantendo os demais termos da sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 12 de março de 2012.

Número Único 0005768-31.2001.8.06.0000
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: Machado Incorporação e Administração Ltda.
Apelado: Bronnson – Recursos Humanos Ltda.
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. DÍVIDA PARCIALMENTE PAGA. EXTINÇÃO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA. APELO CONHECIDO E PROVIDO, EM PARTE.

1. Em virtude da conexão, despejo e consignatória, o julgamento proferido é uno, objetivando evitar decisões conflitantes;
2. "O depósito efetuado a menor em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido, na medida em que a obrigação é parcialmente adimplida pelo montante consignado, acarretando a liberação parcial do devedor. O restante do débito, reconhecido pelo julgador, pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória" (REsp 613552, da Relatoria do Ministro Jorge Scartezzini);
3. Sentença reformada;
4. Apelo conhecido e provido, em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0005768-31.2001.8.06.0000, 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 dar-lhe parcial provimento, consoante o voto do Relator.

VOTO

Tudo visto e examinado, não se vislumbra, em sua constituição e desenvolvimento, vício capaz de inquinar nenhuma nulidade processual, atendidos os requisitos próprios de admissibilidade, nos termos dos art. 506 e 513, do CPC.

A Ação de Consignação em Pagamento foi proposta por Bronnson – Recursos Humanos Ltda., sob a alegativa de que Machado Incorporação e Administração Ltda., através de seus procuradores, havia se recusado a receber a quantia de R$ 673,00 (seiscentos e setenta e três reais), referente ao aluguel de agosto de 1999, mais a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), referente ao pagamento dos aluguéis e encargos locatícios dos meses de fevereiro a julho de 1999, que havia sido efetuado com o cheque

nº 000475 – Bradesco, emitido por Alzeni Lima Cavalcante, e devolvido por falta de provisão de fundos.

Por outro lado, a consignada, ora apelante, sustenta que não foram depositados os valores devidos.

A ação de despejo foi proposta em 24/08/1999, requerendo o despejo por falta de pagamento, em desfavor de Bronnson – Recursos Humanos Ltda., ora consignante/apelado, em razão de inadimplemento quanto aos aluguéis e demais encargos locatícios dos meses de fevereiro a julho de 1999. Ocorre que, o total da dívida era de R$ 958,00 (novecentos e cinquenta e oito reais), o qual foi pago da seguinte forma: R$ 558,00 (quinhentos e cinquenta e oito reais), em dinheiro; e R$ 400,00 (quatrocentos reais), através de cheque de terceiro. Porém, a referida cártula foi devolvida por falta de provisão de fundos, restando, assim, o inquilino, ora apelado, inadimplente.

Já, a ação consignatória foi ajuizada em 06/10/1999. Portanto, somente foi proposta em momento em que se encontrava em mora.

Com efeito, consta na Guia de Depósito nº 677132, o depósito extrajudicial referente ao aluguel e encargos do mês de agosto de 1999 e a compensação do cheque nº 000475 – Bradesco, perfazendo o total de R$ 673,00 (seiscentos e setenta e três reais), em 20/09/1999 (fl. 08).

Como se observa, o valor depositado para saldar o aluguel e demais encargos do mês de agosto de 1999, assim como o cheque nº 000475, no valor de R$ 400,00 (quatrocentos reais), datado de 03/06/1999, para saldar a dívida relativa aos aluguéis de fevereiro a junho de 1999, são insuficientes para quitação total do débito locatício.

Diante dos fatos acima apontados, a ação consignatória deveria ter sido julgada improcedente, como bem argumentou a apelante.

Contudo, deve ser aproveitado o valor depositado a menor, em favor da apelante. Outrossim, reconhecido que há dívida, deve ser paga.

Destarte, para que se harmonizem as decisões proferidas neste processo e na demanda de despejo existente entre os litigantes, mantém-se a não decretação do despejo, em virtude da desocupação voluntária do imóvel; e, quanto à demanda consignatória, se reconhece a incorreção do valor depositado, a menor.

Neste ínterim, vale acostar entendimento do Colendo STJ, *in verbis*:

> "Esta Corte de Uniformização Infraconstitucional firmou entendimento no sentido de que **o depósito efetuado a menor em ação de consignação em pagamento não acarreta a total improcedência do pedido, na medida em que a obrigação é parcialmente adimplida pelo montante consignado, acarretando a liberação parcial do devedor. O restante do débito, reconhecido pelo julgador, pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória** (cf. REsp n. 99.489/SC, rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 28.10.2002; REsp n. 599.520/TO, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJ de 1.2.2005; REsp n. 448.602/SC, rel. Min. Ruy

> Rosado de Aguiar, DJ de 17.2.2003; AgRg no REsp n. 41.953/SP, rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior, DJ de 6.10.2003; REsp n. 126.326/RJ, rel. Ministro Barros Monteiro, DJ de 22.9.2003). (…).” (REsp 613552/RS; Rel. Min. JORGE SCARTEZZINI; Quarta Turma. Julgado em 20/10/2005). (destaquei)

Vale ressaltar que se mantém autorização para levantamento do valor depositado, sendo determinado a complementação da parte faltante, referente ao pagamento efetuado no valor de R$ 673,00 (seiscentos e setenta e três reais), relativo ao aluguel e encargos locatícios do mês de agosto de 1999 e a compensação do cheque nº 000475, diferença a ser apurada e corrigida.

Diante do exposto, conheço da apelação, por ser tempestiva e hábil, para dar-lhe parcial provimento, com o fito de reformar a douta sentença vergastada, sendo julgada parcialmente procedente a ação de consignação em pagamento, declarando a extinção parcial da obrigação locatícia e a possibilidade de execução do saldo remanescente nos mesmos autos, em face de o pagamento realizado não ter alcançado todo o débito existente.

É como VOTO.

Fortaleza, 6 de agosto de 2012.

APELAÇÃO-CÍVEL
Processo de nº 0009776-04.2008.8.06.0001
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: Ricardo César Gomes
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. CONCURSO PÚBLICO PARA O CARGO DE SOLDADO DA POLICIA MILITAR DO CEARÁ. REPROVAÇÃO NA 2ª FASE DO CERTAME, NO EXAME OFTALMOLÓGICO. EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DO CARGO DE SOLDADO. LAUDO E DECLARAÇÃO DE MÉDICO NÃO OFICIAL ATESTANDO QUE O APELADO OBEDECE AS EXIGÊNCIAS DO EDITAL. PREVALÊNCIA DO LAUDO DA JUNTA MÉDICA DO CONCURSO, ANTE A PRESUNÇÃO DE VERACIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS.

I. *In casu*, ajuizou o apelado Ação Ordinária objetivando ser reincluído no concurso público para o cargo de Soldado PM e ser matriculado no Curso de Formação Profissional, sob a alegativa de que foi indevida sua reprovação na 2ª Fase do Concurso (Inspeção de Saúde e Toxicológico), uma vez que possui perfeitas condições de saúde.

II. Ora, não se pode contestar que a atividade de Policial Militar exige certas condições especiais e que, portanto, é correto que na escolha dos candidatos a integrar a corporação, exijam-se condições de saúde compatíveis com o cargo a ser exercido, entre elas a acuidade visual. Observa-se que o referido Edital foi bem claro em relação ao requisito da acuidade visual no grau exigido, não se podendo, assim, considerar tal requisito ilegal, porquanto compatível com as atribuições do cargo a serem exercidas por um Policial Militar.

III. Muito embora a declaração médica não oficial ateste que a acuidade visual encontra-se dentro das exigência estabelecidas no Edital e faça prova em contrário em face do resultado da Junta médica do concurso, não deve prevalecer frente a esta, levando em consideração exatamente a presunção de veracidade e de legitimidade que gozam os atos administrativos.

Além disso, é imperioso asseverar que não houve no vertente caso a demonstração de nenhuma irregularidade ou ilegalidade na realização do exame oftalmológico.

IV - Apelação provida. Decisão unânime.

Trata-se de recurso de Apelação interposto pelo Estado do Ceará em face de sentença prolatada pela douta Juíza *a quo* da 6ª Vara da Fazenda Pública, em que esta julgou procedente o pedido autoral, confirmando a tutela antecipada anteriormente concedida em favor de Ricardo César Gomes Barbosa.

Ricardo César Gomes ajuizou Ação Ordinária com pedido de Antecipação Parcial dos efeitos da tutela em face do Estado do Ceará requerendo, como medida antecipatório de tutela, ser reincluído no concurso público para o cargo de Soldado PM e ser matriculado no Curso de Formação Profissional. Por fim, requer que seja julgado procedente o pedido, com o fim de que seja declarada a nulidade do ato administrativo que culminou na sua eliminação do certame, declarando ainda a inexistência de doença que comprometa o exercício do cargo de soldado da PM/CE pelo autor.

Em decisão interlocutória constante às fls. 42/47, a MM. Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública, entendendo presentes no caso a verossimilhança das alegações e o *periculum in mora*, concedeu o pedido de antecipação de tutela, determinando que o Estado do Ceará procedesse à imediata inscrição do autor no Curso de Formação e Treinamento Profissional.

Contestação apresentada pelo Estado do Ceará às fls. 67/73, alegando, preliminarmente, o litisconsórcio necessário com os candidatos participantes do concurso. No mérito, alega que o edital está em conformidade com o princípio da legalidade e que a liminar proferida em favor do demandante ofendeu ao princípio da isonomia. Ademais, sustentou que o ônus de produzir material probatório idôneo à desconstituição do laudo da comissão do concurso é do autor. Ao final, requereu o acolhimento da preliminar suscitada e no mérito que a ação seja julgada improcedente.

Réplica à contestação às fls. 146/155.

O Estado do Ceará ajuizou perante esta Corte de Justiça Pedido de Suspensão da Tutela Antecipada às fls. 117/132, com o fim de que fosse determinada a suspensão da execução da tutela antecipada deferida nos autos da ação ordinária nº 2008.0039.3871-5, com eficácia até o julgamento de mérito de tais processos.

O Presidente deste Sodalício, às fls. 133/136, indeferiu o aludido Pedido de Suspensão da Tutela Antecipada requerido pelo Estado do Ceará.

Na sentença ora apelada, a MM. Juíza de 1º grau, por entender que o requerente não se encontra em desacordo com o exigido pelo Edital, julgou procedente o pedido autoral, declarando nulo o ato administrativo que culminou na eliminação do autor do certame, declarando ainda a inexistência de doença que comprometa o exercício do cargo de Soldado da PM/CE pelo autor, e, no caso de aprovação no Curso de Formação, que seja nomeado e empossado no Cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado do Ceará na colocação alcançada.

Irresignada com o aludido *decisum*, o Estado do Ceará interpôs a presente Apelação, localizada nestes autos às fls. 221/233. Em suas razões recursais, sustenta que o exame foi feito em respeito ao princípio da legalidade, ao princípio da vinculação ao edital e que é impossível a apresentação de laudo médico não oficial. Ademais, alega

que é vedado à nomeação antes do trânsito em julgado.

Ao final, pede pela reforma da sentença monocrática, em face da legalidade e razoabilidade dos exames médicos aplicados, essenciais que são em concursos na área se segurança pública, e da impossibilidade de nomeação precária.

Contrarrazões às fls. 238/248, em que requer o apelado que se negue provimento ao recurso de apelação e que seja mantida inalterada a sentença de 1º grau.

A douta Procuradora de Justiça, em manifestação às fls. 281/285, opinou pelo conhecimento do recurso de apelação, mas optou por não intervir no feito, ante a desnecessidade de sua atuação.

É o relatório.

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 traspasse para o juízo de mérito.

In casu, ajuizou o apelado Ação Ordinária, objetivando ser reincluído no concurso público para o cargo de Soldado PM e ser matriculado no Curso de Formação Profissional, sob a alegativa de que foi indevida sua reprovação na 2ª fase do certame (Inspeção de Saúde e Toxicológico), uma vez que possui perfeitas condições de saúde.

Compulsando os presentes fólios processuais, verifica-se que o autor, ora apelado, não foi considerado apto na 2ª fase do aludido certame, pelo motivo de não ter a acuidade visual sem correção mínima exigida no Edital.

Embora tenha interposto recurso em face do resultado provisório do supracitado exame, este foi negado pela Comissão do Concurso, nos seguintes termos (fls. 34):

> "A Junta Médica, a partir da análise da fundamentação de seu recurso e da avaliação dos exames complementares apresentados, manteve o resultado da inaptidão, pois Vossa Senhoria, apresenta acuidade visual sem correção 20/70 em olho direito e de 20/200 em olho esquerdo, condição clínica que o incapacita segundo o Edital do Concurso".

Irresignado com tal resposta foi que o apelado ajuizou a presente ação, juntando, para tanto, consoante se vê às fls. 36/37, laudo oftalmológico e declaração do médico Antônio Bezerra Cruz, CRM – 6186 (Oftalmologista), na qual afirma que o apelado encontra-se dentro das exigências estabelecidas no edital do concurso de Polícia Militar do Ceará.

Com efeito, é imperioso destacar que o concurso público é um meio apto a proporcionar a todos os cidadãos a oportunidade isonômica de ingresso em cargos e empregos públicos, assim como possibilitar à Administração Pública a escolha de candidatos mais preparados intelectual, física e psicologicamente para o bom desempenho do cargo ou do emprego, regendo-se por princípios inerentes ao regime jurídico administrativo, entre eles a legalidade, a moralidade, a isonomia, a eficiência, a

publicidade, a motivação e a razoabilidade.

Não se olvida da possibilidade de estabelecimento pela Administração de limitações ao concurso público, desde que proporcionais e compatíveis com as atividades a serem exercidas, além de estarem legalmente previstas. Esse é o entendimento, inclusive, do Supremo Tribunal Federal, senão vejamos:

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. PROVA FÍSICA. LEGALIDADE, RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRECEDENTES. 1. Na esteira da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, os requisitos que restrinjam o acesso a cargos públicos apenas se legitimam quando em conformidade com o princípio da legalidade e estritamente relacionados à natureza e às atribuições inerentes ao cargo público a ser provido. 2. Agravo regimental desprovido." (RE 598969 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 20/03/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-072 DIVULG 12-04-2012 PUBLIC 13-04-2012).

> "AGRAVO REGIMENTAL. CONCURSO PÚBLICO. MÉDICO DA POLÍCIA MILITAR. EXIGÊNCIA DE IDADE MÁXIMA. VEDAÇÃO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. A lei pode limitar o acesso a cargos públicos, desde que as exigências sejam razoáveis e não violem o art. 7º, XXX, da Constituição. Entretanto, não se pode exigir, para o exercício do cargo de médico da Polícia Militar, que o candidato seja jovem e tenha vigor físico, uma vez que tais atributos não são indispensáveis ao exercício das atribuições do cargo. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 486439 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 19/08/2008, DJe-227 DIVULG 27-11-2008 PUBLIC 28-11-2008 EMENT VOL-02343-05 PP-00930).

Ora, não se pode contestar que a atividade de Policial Militar exige certas condições especiais, e que, portanto, é correto que na escolha dos candidatos a integrar a corporação, exijam-se condições de saúde compatíveis com o cargo a ser exercido, entre elas a acuidade visual.

Analisando o Edital nº I, que regeu o concurso público para o preenchimento de vagas de Soldado da PM da Carreira de Praças Policiais Militares do Estado do Ceará, de 09 de junho de 2008, assim dispõe acerca da acuidade visual:

> "6.10.4.1. (…) Acuidade Visual sem correção inferior a 20/100 em cada olho ou até 20/200 cm em um olho, desde que o outro seja superior ou igual a 20/60. A Acuidade Visual com correção em todos os casos deve ser de 20/20 cm em pelo menos um olho e superior ou igual a 20/40 no outro olho."

Observa-se que o referido Edital foi bem claro em relação ao requisito da acuidade visual no grau exigido, não se podendo, assim, considerar tal requisito ilegal,

porquanto compatível com as atribuições do cargo a serem exercidas por um Policial Militar.

Todavia, em que pese a legalidade do requisito da acuidade visual e o suposto não preenchimento de tal requisito pelo apelado, deve-se registrar que o recorrido juntou aos autos laudo e declaração médica que declaram que ele obedece às exigências estabelecidas no Edital no que se refere à acuidade visual.

No caso em tela, vê-se, de um lado, declaração da Junta Médica do concurso, declarando que o candidato é inapto para o cargo por apresentar acuidade visual sem correção 20/70 em olho direito e de 20/200 em olho esquerdo e, de outro lado, laudo e declaração de Médico Oftalmologista declarando que o candidato possui acuidade visual sem correção 20/60 em olho direito e 20/200 em olho esquerdo.

Confrontando ambas as declarações, percebe-se que a diferença entre as duas é mínima, porém, resultante para a inaptidão do apelado no aludido certame, uma vez que o Edital é claro e específico quando dispõe que "*Acuidade Visual sem correção inferior a 20/100 em cada olho ou até 20/200 cm em um olho, desde que o outro seja superior ou igual a 20/60."*

É certo que os atos da Administração Pública, pautados no princípio da legalidade estrita, gozam de presunção de legitimidade e veracidade. Sendo assim, devem ser considerados presumivelmente válidos até que prova em contrário demonstre que foram praticados de modo ilegal.

Nesse espeque, Maria Sylvia Di Pietro disserta que *"a presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração*" (*in* Direito Administrativo, 18ª ed., Atlas, 2005, p. 191).

Dessa forma, até que se prove o contrário, prevalece a conclusão da junta médica do referido concurso, dada a presunção de que gozam os atos administrativos.

Muito embora a declaração médica não oficial ateste que a acuidade visual encontra-se dentro das exigência estabelecidas no Edital e faça prova em contrário em face do resultado da Junta médica do concurso, aquela não deve prevalecer frente a este, levando-se em consideração exatamente a presunção de legitimidade e de veracidade de que gozam os atos administrativos.

Além disso, é imperioso asseverar que não houve no caso vertente a demonstração de nenhuma irregularidade ou ilegalidade na realização do exame oftalmológico.

É cediço que as regras de um concurso são válidas para todos os candidatos e que não se deve permitir interpretação extensiva. Isto porque a Administração Pública, por estar amparada no princípio da legalidade, não pode alterar os índices previstos em edital para favorecer um ou outro candidato, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da igualdade.

Dessa forma, apenas os candidatos que preencherem os requisitos estabelecidos no Edital é que serão considerados aptos a prosseguir no certame, participando das fases posteriores.

Ademais, registre-se que a exigência de acuidade visual mínima deve ser

sim considerada uma necessidade imprescindível para as atividades de Soldado da Polícia Militar, sendo, assim, totalmente razoável e proporcional sua exigência.

Seguindo o entendimento ora adotado, cumpre destacar algumas decisões dos Tribunais Pátrios, senão vejamos:

> "AGRAVO INSTRUMENTO - REPROVAÇÃO NO EXAME DE ACUIDADE VISUAL - AVALIAÇÃO OFTALMOLÓGICA PREVISTA NO EDITAL E NO CÓDIGO DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DO PARANÁ (ART. 21, II, e) - EXIGÊNCIA COMPATÍVEL COM O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES DO CARGO - RECURSO DESPROVIDO.O índice mínimo de acuidade visual exigido pelo certame, não se revela ilegal, por encontrar fundamentação em lei, bem como, por ser compatível com as atribuições do cargo a serem exercidas por um policial militar." (7291501 PR 0729150-1, Relator: Astrid Maranhão de Carvalho Ruthes, Data de Julgamento: 29/03/2011, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 608).

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. APELAÇÃO. DECISÃO TERMINATIVA. REPROVAÇÃO EXAME OFTALMOLÓGICO. RAZOABILIDADE DADA A NATUREZA DO CARGO. POLÍCIA MILITAR E CORPO DE BOMBEIROS. PREVISÃO LEGAL. ATO ADMINISTRATIVO DEVIDAMENTE MOTIVADO. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. VINCULAÇÃO AO EDITAL. RECURSO IMPROVIDO.1. A decisão ora atacada manteve a sentença (fls. 162/163v) que julgou improcedente o pedido dos agravantes, sob o fundamento de que o exame oftalmológico está acobertado não apenas pela legislação, mas também pela essência da função almejada pelo autor, qual seja: Soldados do Corpo de Bombeiro Militar de Pernambuco.2. Irresignados alegam os agravantes a aplicação da Teoria do Fato Consumado, uma vez que por força de decisão judicial nos autos do Agravo de Instrumento nº 0195972-0, prosseguiram nas etapas sucessivas, quais sejam: investigação social, sendo matriculados no Curso de Formação de Soldados do Corpo de Bombeiro Militar de Pernambuco.3. Neste cenário, entendem os agravantes que não seria razoável, agora, nesta sede, desconstituir uma situação já consolidada pelo decurso do tempo, máxime quando dela firmou-se o interesse próprio da administração exteriorizado no concurso, sem prejuízos de terceiros.4. No mérito, revela-se inviável o pedido dos agravantes. Em sede de concurso público, doutrina e jurisprudência são uníssonas no entendimento de que é razoável o exame oftalmológico para ingresso na carreira Militar, seja Policial ou do Corpo de Bombeiros, dada a natureza do cargo a ser exercido, afastando-se qualquer violação ao princípio da isonomia.5. Note-se que quanto à alegação da Teoria do Fato Consumado, este Egrégio Tribunal vem adotando com bastante cautela o referido instituto, certo que, *in casu*, não houve demora no provimento jurisdicional, além dos agravantes não cumprirem efetivamente as regras previstas no edital.6. Vale ressaltar ainda, que os candidatos ao realizarem as etapas subseqüentes do concurso em tela, assumiram a responsabilidade de uma possível reversibilidade da decisão, de natureza precária, obtida em sede de Agravo de Instrumento.7. No presente caso, não restou demonstrada qualquer mácula por ilegalidade ou falta de motivação do ato administrativo que considerou os agravantes

> inaptos no exame de acuidade visual.8. No tocante a previsão legal do teste oftalmológico o Estatuto da Polícia Militar de Pernambuco, instituído pela Lei 6.873/74, em seu art. 10, estabelece que o ingresso na carreira deverá observar as condições prescritas em lei e nos regulamentos da Corporação.9. Ressalte-se ainda, que o Edital faz previsão expressa ao referido exame clínico, conforme item 5.3.4, *in verbis*: "Além da apresentação dos exames laboratoriais acima especificados, e objetivando averiguar possíveis causas de incapacidade para o pleno exercício de ambos os cargos, os candidatos serão submetidos aos exames clínicos constantes da Portaria do Comando Geral da Policia Militar nº 1.243, de 06/08/2003, também aplicada ao Corpo de Bombeiros".10. Da análise dos exames acostados aos autos às fls. 112/115, percebe-se que os apelantes não preencheram os requisitos do item XVI - 1 da supracitada Portaria, o que conseqüentemente ensejou a inaptidão para o prosseguimento nas demais etapas do certame.11. Precedente TJPE, 7ª Câmara, Agravo de Instrumento nº 166100-9, Relatoria: Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos, 21/10/2008).12. À unanimidade de votos, foi negado provimento ao Recurso de Agravo." (2325986 PE 0013264-56.2011.8.17.0000, Relator: Antenor Cardoso Soares Junior, Data de Julgamento: 23/08/2011, 7ª Câmara Cível, Data de Publicação: 163).
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO. AÇÃO ORDINÁRIA. BRIGADA MILITAR. INGRESSO NA GRADUAÇÃO DE SOLDADO. INAPTIDÃO NO EXAME MÉDICO. Não tendo sido comprovada nos autos a apresentação do laudo oftalmológico juntado à fl. 37, do presente instrumento, no momento da realização do exame médico, bem como a submissão do agravante às avaliações de natureza clínica, odontológica e laboratorial, mostra-se inviável a concessão da tutela antecipada no caso concreto. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO." (Agravo de Instrumento Nº 70030922199, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rogerio Gesta Leal, Julgado em 08/10/2009).

À vista do exposto e em consonância com a jurisprudência ora invocada, conheço da Apelação interposta, para lhe dar provimento, reformando a sentença ora vergastada, no sentido de declarar válido o ato administrativo que culminou na eliminação do apelado no aludido certame, tendo em vista que este não obedeceu aos requisitos estabelecidos no Edital, condenando-o ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, no valor de R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, observando-se as normas atinentes aos beneficiários da justiça gratuita, de modo que a aludida condenação em honorários e custas fique suspensa, enquanto persistir o estado de pobreza, ressalvando que, se dentro de cinco anos a parte não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação estará prescrita, nos termos do art. 12, da Lei 1.060/50.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

APELAÇÃO-CÍVEL
Processo nº. 0016398-36.2007.8.06.0001
APELANTE: Banco Santander Brasil S.A
APELADO: Tânia Maria Barbosa
RELATOR: DES. INÁCIO DE ALENCAR CORTEZ NETO

DIREITO DO CONSUMIDOR. PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS. ATO ILÍCITO PRATICADO PELO BANCO APELANTE COMPROVADO, ASSIM COMO NEXO DE CAUSALIDADE. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO BANCO. ART. 14 DO CDC. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DEVIDA. *QUANTUM* ARBITRADO NA SENTENÇA APELADA EXCESSIVO. NECESSIDADE DE REDUÇÃO, EM HOMENAGEM AOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE.

I - Conforme relatado, trata-se de apelação interposta por Banco contra sentença que julgou procedente a Ação de Reparação por Dano Moral, em que o recorrente fora condenado ao pagamento da quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título de danos morais, à apelada. O ato ilícito, conforme se verifica, está sim verificado, configurado no fato do apelante ter sustado um cheque sem requerimento da autora, cujo fato expôs a apelada à grave situação constrangedora e vexatória.

II - Não merece prosperar a aludida alegação do apelante de que não foi demonstrado o efetivo dano moral sofrido, tendo sido este devidamente comprovado não só pela situação constrangedora que vivenciou a autora – tanto no restaurante em que emitiu o cheque como na delegacia – como também pelo fato desta ter respondido a processo criminal, pelo crime de estelionato.

III - Razão assiste ao apelante no que se refere à alegação de que a condenação imposta pelo douto Julgador Monocrático é excessiva. 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.

IV - Diante disso, considero que a fixação do valor da indenização em danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) adequa-se às decisões dos tribunais acima referidos e é suficiente para compensar o dano sofrido, além de atender ao caráter pedagógico da medida, para que assim a instituição financeira apelante possa evitar condutas lesivas

aos interesses dos consumidores.
V - Apelo parcialmente provido. Decisão unâni*me.*

ACÓRDÃO:

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

Tânia Maria Barbosa, já qualificada nos autos, ingressou com a Ação de Reparação por Danos em desfavor do Banco ABN AMRO REAL S/A requerendo a condenação deste em R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelos danos morais que foram causados a ela. Segundo relata, no dia 06 de julho de 2004, foi jantar em um restaurante e pagou a conta, no valor de R$ 47,00, com o cheque de n° 010039, do Banco Real, Ag. 1.323, de conta especial em seu nome. Todavia, quando o gerente do restaurante consultou o aludido cheque, deu como se este fosse roubado e a autora defendeu-se dizendo que havia sido sustado por furto 10 (dez) folhas dessa conta, a de nº 010021 à 010031. Constatou, assim, que o Banco sustou o referido cheque, de nº 010039, erroneamente, fazendo com sofresse tamanho constrangimento.

Relata, assim, que, por o Banco Real ter dito pela informação nº 202743 que o cheque era roubado/furtado, passou por enorme constrangimento, posto que foi presa, levada a delegacia e ainda responde por processo criminal. Disse, ainda, que quando chegou a delegacia, antes mesmo de poder esclarecer a situação, passou 15 (quinze) minutos no banheiro sentindo dores muito fortes.

Empós, conseguiu produzir provas de que a informação de sustação do cheque fornecido naquele restaurante foi indevida.

Anexou, junto da inicial, o boletim de ocorrência relatando o fato ocorrido pelo gerente do restaurante, boletim de ocorrência em que ela declarava ter sido vítima de furto de talões de cheques e outro em que relatava a situação constrangedora que vivenciou no restaurante. Ademais, observa-se que consta declaração da autora prestada em inquérito policial e mandado de intimação para a autora da 3ª Vara Criminal acerca de infração do art. 171 c/c art. 14 do Código Penal.

O Banco ABN AMRO REAL S.A apresentou sua contestação 62/81, alegando a inexistência de danos morais experimentados, a culpa exclusiva da vítima, que a autora não faz jus a qualquer verba indenizatória e pede, por fim, que seja julgada totalmente improcedente a ação.

Em 04 de dezembro de 2007 foi realizada audiência de conciliação entre as partes, todavia, estas não chegaram a um consenso.

Realizada audiência de Instrução e Julgamento em 06 de novembro de 2008, foram ouvidas ambas as partes e duas testemunhas arroladas pela autora, conforme se verifica às fls. 112/117.

Memorais apresentados pela autora às fls. 128/138, bem como pelo promovido às fls. 141/151.

O eminente Magistrado de 1º, ao julgar a referida ação, na sentença de fls. 152/161, por entender que demonstrado estava a ocorrência do ato ilícito e do nexo de causalidade, julgou procedente a ação, condenando o Banco na quantia de R$ 20.000,00 por conta dos danos morais vivenciados pela autora.

O Banco Santander Brasil S.A, insatisfeito com a procedência da referida ação, interpôs o recurso de apelação, consoante se observa às fls. 171/180 dos autos. Sustenta, no supracitado recurso, que não poderia ter sido condenada a pagar indenização por danos morais, posto que inexistiu o fato ilícito, uma vez que no caso revelou-se culpa exclusiva do consumidor.

Ademais, assevera que o pleito indenizatório não pode ser acolhido, visto que totalmente carecedor de fundamentação fática ou jurídica. Alega, ainda, que não foi comprovado o efetivo dano moral sofrido. Por fim, aduz que a condenação imposta no valor de R$ 20.000,00 tem-se como excessiva, de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse espeque, pede que seja julgada a ação totalmente improcedente ou que seja reduzido o *quantum* indenizatório.

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.

VOTO

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 traspasse para o juízo de mérito.

Conforme relatado, trata-se de apelação interposta pelo Banco Santander Brasil S/A, contra sentença que julgou procedente a Ação de Reparação por Dano Moral, em que fora condenado a pagar a quantia de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), a título danos morais, à apelada.

Na sentença ora vergastada, o douto Juiz *a quo,* por entender que a prova oferecida pela autora revelou, com clareza, o autor do ato ilícito e o nexo de causalidade, condenou o apelante na supracitada quantia.

Inicialmente, alega o apelante que inexistiu ato ilícito no caso em tela, posto que a culpa foi exclusiva da vítima.

Relembrando os fatos narrados, vê-se que a autora passou por uma situação constrangedora e vexatória, pelo fato do Banco apelante ter informado que o cheque, com o qual aquela tentava pagar uma conta em um determinado restaurante, era roubado.

A aludida situação foi muito bem comprovada nos autos, não apenas pelos

Boletins de Ocorrências acostados, como pelas testemunhas arroladas pela autora.

Ademais, o equívoco do banco apelante, em ter sustado o cheque de nº 010039 sem requerimento da autora, também está comprovado nos autos, porquanto no documento de fls. 33 consta solicitação de Tânia Maria Barbosa requerendo a sustação de pagamento de 10 (dez) cheques, por motivo de furto, iniciados pelo numeração 010021, bem como boletim de ocorrência (fls. 34) em que esta declara expressamente que foram furtados cheques seus do Banco Real, que iam da numeração 010021 até 010030.

Observa-se assim que, como o cheque de nº 010039 não havia sido furtado, muito menos foi objeto de pedido de sustação pela autora, equivocou-se o apelante com a informação de que o título apresentado pela autora era roubado.

O ato ilícito, conforme se verifica, está sim configurado no fato do Banco apelante ter sustado um cheque sem requerimento da autora e tal fato tê-la colocado em situação constrangedora e vexatória.

Dessa forma, tenho por evidente a desídia da instituição financeira apelante, que, em razão da sustação errônea do referido cheque, deve responder objetivamente pelos prejuízos causados à demandante, nos termos do artigo 14, do do Código de Defesa do Consumidor, aliado ao seu art. 3º, § 2º, que inclui, expressamente, a atividade bancária, no seu conceito de serviço.

O Banco 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.

Sobre o tema, a jurisprudência dos Tribunais pátrios é uníssona:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO BANCÁRIO. EXTRAVIO DE TALONÁRIOS DE CHEQUE. CONFIGURAÇÃO DE DANO MORAL. FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS. SENTENÇA DE CUNHO CONDENATÓRIO. PERCENTUAL SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE DE SER SOBRE O VALOR DA CAUSA. 1. Reconhecida a falha na prestação do serviço pelo banco réu, o qual não foi diligente na guarda dos talonários de cheques do autor, o que ensejou no respectivo extravio e emissão de vários cheques por terceiros fraudadores. Situação que gerou efetiva ofensa aos direitos de personalidade da autora, a qual constou no pólo passivo em ações de cobrança embasadas em cheques emitidos de forma fraudulenta. (...) DERAM PARCIAL PROVIMENTO. UNÂNIME." (Apelação Cível Nº 70040304693, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 09/06/2011).
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSTITUIÇÃO BANCÁRIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. ART. 14 DO CDC. EXTRAVIO

DE TALÃO DE CHEQUES. COMPENSAÇÃO DE CHEQUES COM ASSINATURA FALSIFICADA. AUSÊNCIA DE CAUTELA DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA NA CONFERÊNCIA DAS ASSINATURAS. FALHA NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. DEVER DE INDENIZAR CONFIGURADO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. Hipótese em que houve a emissão, fraudulenta, por terceiro, de cheques da conta corrente da autora. O extravio de talonário caracteriza negligência por parte da instituição financeira, a qual tem o dever de guarda dos documentos a ela confiados. Ausência de cautela de Banco em compensar cheques sem conferir as assinaturas. Verificado o nexo causal entre a conduta negligente do réu e os transtornos e prejuízos vivenciados pela recorrente, resta configurado o dever de indenizar. Situação que desborda do mero dissabor do cotidiano. Responsabilidade objetiva. Art. 14, do Código de Defesa do Consumidor. (...) "(Apelação Cível Nº 70040653164, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 26/05/2011)

"CONSUMIDOR. CHEQUES NÃO SOLICITADOS E DEVOLVIDOS PELO BANCO SACADO POR INSUFICIÊNCIA DE FUNDOS. FRAUDE. APONTAMENTO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES (CCF). DANO MORAL CARACTERIZADO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE DO VALOR ARBITRADO.1. É OBJETIVA A RESPONSABILIDADE CIVIL DA INSTITUIÇÃO BANCÁRIA PELOS SERVIÇOS DEFEITUOSOS PRESTADOS AOS CONSUMIDORES OU PESSOAS A ELES EQUIPARADOS, SENDO A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA DECORRENTE DA LEI POR SE TRATAR DE RESPONSABILIDADE PELO FATO DO SERVIÇO (ART. 14 DO CDC), CONSOANTE ORIENTA O PRECEDENTE JULGADO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (RESP 802.832/MG, REL. MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO, SEGUNDA SEÇÃO, DJE 21.9.2011). 2. NO CASO A INSTITUIÇÃO BANCÁRIA RESPONDE PELOS SERVIÇOS DEFEITUOSOS, POIS, ALÉM DE NÃO HAVER SOLICITAÇÃO DE CHEQUES PELO CONSUMIDOR, AS PROVIDÊNCIAS ADOTADAS QUANDO DA APRESENTAÇÃO DO CHEQUE EMITIDO POR TERCEIRO NÃO SE MOSTRARAM SUFICIENTES A IMPEDIR O DANO, VISTO O POSTERIOR APONTAMENTO DO CONSUMIDOR NO CADASTRO DE EMITENTES DE CHEQUES SEM FUNDOS. ADEMAIS, "NA RELAÇÃO DE CONSUMO, EXISTINDO CASO FORTUITO INTERNO, OCORRIDO NO MOMENTO DA REALIZAÇÃO DO SERVIÇO, COMO NA HIPÓTESE EM APREÇO, PERMANECE A RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR, POIS, TENDO O FATO RELAÇÃO COM OS PRÓPRIOS RISCOS DA ATIVIDADE, NÃO OCORRE O ROMPIMENTO DO NEXO CAUSAL" (RESP 762.075/DF, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE 29.6.2009). ASSIM, NÃO RESTANDO PROVADA A CULPA EXCLUSIVA DO CONSUMIDOR OU DE TERCEIRO PARA EXCLUSÃO DA RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR DE SERVIÇOS, SOBRESSAI O NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA LESIVA E O DANO MORAL DECORRENTE DA INAÇÃO DOS PREPOSTOS DA PARTE RECORRENTE, QUE, INDEVIDAMENTE,

> DEVOLVERAM CHEQUE PELA ALÍNEA 11 OU 12 (FL. 13), NA FORMA DO ARTIGO 6º DA RESOLUÇÃO BACEN Nº 1.682/90, APESAR DE A PARTE RECORRIDA NÃO TER SOLICITADO QUALQUER CHEQUE (FATO NÃO IMPUGNADO ESPECIFICAMENTE NA CONTESTAÇÃO). 3. O DANO MORAL DECORRE DO ABALO À IMAGEM E HONRA DA PARTE RECORRIDA DIANTE DE SUA INSERÇÃO E MANUTENÇÃO NO SISTEMA DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. ESTÁ CONSOLIDADO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA O ENTENDIMENTO DE QUE "A INSCRIÇÃO OU A MANUTENÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES GERA, POR SI SÓ, O DEVER DE INDENIZAR E CONSTITUI DANO MORAL *IN RE IPSA*, OU SEJA, DANO VINCULADO A PRÓPRIA EXISTÊNCIA DO FATO ILÍCITO, CUJOS RESULTADOS SÃO PRESUMIDOS" (AGRG NO AG 1.379.761/SP, REL. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJE 2.5.2011). 3.1. REGISTRE-SE QUE NÃO ESTÁ DEMONSTRADA LEGÍTIMA INSCRIÇÃO PREEXISTENTE (FL. 55), E SIM CONSULTA GENÉRICA DA OCORRÊNCIA DE SUPOSTAS RESTRIÇÕES À PARTE RECORRIDA. POR ISSO, NÃO TEM INCIDÊNCIA O ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 385 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE EXIGE LEGÍTIMA INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. COM EFEITO, PELO DOCUMENTO DE FLS. 58/60 NÃO HÁ COMO AFERIR-SE DA PREEXISTÊNCIA DE LEGÍTIMA INSCRIÇÃO, POIS APENAS INDICA A CIDADE DE ORIGEM (PORTO ALEGRE), O NÚMERO DO CONTRATO/ DOCUMENTO, A DATA DO ATRASO, A DATA DA INCLUSÃO DA RESTRIÇÃO COMERCIAL EM 17.10.2010, E O VALOR. 4. PARA O ARBITRAMENTO NA COMPENSAÇÃO DO DANO MORAL, A LEI NÃO FORNECE CRITÉRIOS. DESTARTE, A DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA APONTAM CRITÉRIOS PARA SERVIR DE PARÂMETROS NA FIXAÇÃO DO VALOR, O QUE, POR ÓBVIO, DEVE AMOLDAR-SE A CADA CASO. 4.1. NO CASO, EM OBSERVÂNCIA ÀS FINALIDADES COMPENSATÓRIA, PUNITIVA, PEDAGÓGICA E PREVENTIVA DA CONDENAÇÃO, BEM ASSIM ÀS CIRCUNSTÂNCIAS DA CAUSA, ESPECIALMENTE A CAPACIDADE FINANCEIRA DO OFENSOR E A NOTÍCIA DE REITERAÇÃO DO COMPORTAMENTO LESIVO (15/16 E 18), AFIGURA-SE RAZOÁVEL E PROPORCIONAL O ARBITRAMENTO FEITO NA SENTENÇA IMPUGNADA. 5. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO." (Classe do Processo :2011.07.1.0119125-8 ACJ – 011915-73.2011.807.0007 DF, Data de Julgamento : 18/10/2011 Órgão Julgador : 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Distrito Federal, Relator : FÁBIO EDUARDO MARQUES).

Não merece prosperar a alegação do apelante de que não foi demonstrado o efetivo dano moral sofrido.

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[1] 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.

Ora, no presente caso, o dano moral foi devidamente comprovado, não só pela situação constrangedora que vivenciou a autora – tanto no restaurante em que emitiu o cheque como na delegacia – como também pelo fato desta ter respondido a processo criminal pelo crime de estelionato.

A meu ver, apenas a situação de ter sido a autora tida como ladra em um restaurante, por um erro da Instituição Financeira, já seria capaz, por si só, de traumatizá-la e de ensejar a indenização de danos morais, ainda mais somada ao constrangimento passado pela apelada na delegacia e de ter sido processada criminalmente por estelionato, crime que não cometeu.

Comprovadas as situações acima relatadas e somando-as, não há que se falar em ausência de demonstração do dano moral sofrido.

No que se refere à alegação de que a condenação imposta pelo douto Julgador Monocrático é excessiva, razão assiste ao apelante.

É imperioso destacar que, 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. Vejamos:

> "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.

1 "SILVA, Caio Mário Pereira da. Responsabilidade Civil. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 54."

> 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 (cinqüenta 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).

Por sua vez, a jurisprudência dos tribunais pátrios, acompanhando o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem-se posicionado no sentido de que tal *quantum* deve ser arbitrado pelo juiz de maneira que a composição do dano seja proporcional à ofensa, grau de culpa, e ao porte econômico do ofensor. Deve-se, ao mesmo tempo, evitar o enriquecimento da vítima e proporcionar um desestímulo ao ofensor

Nesse sentido, cumpre transcrever os 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 na 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 o caso em tela e em consonância com a jurisprudência deste Sodalício e do Superior Tribunal de Justiça, não entendo razoável manter o *quantum* indenizatório no valor fixado na sentença apelada, qual seja, R$ 20.000,000 (vinte mil reais). Entendo, pois, que o supracitado montante é elevado para o presente caso.

Diante disso, considero que a fixação do valor da indenização em danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) adequa-se às decisões dos Tribunais acima referidos e é suficiente para compensar o dano sofrido, além de atender ao caráter pedagógico da medida, para que assim a instituição financeira apelante possa evitar condutas lesivas aos interesses dos consumidores.

Verificando que houve redução do *quantum* indenizatório na presente via recursal, deve a correção monetária incidir a partir da prolação do presente acórdão, conforme dispõe a Súmula de nº 362 do Superior Tribunal de Justiça *"A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento"*.

Quanto aos juros moratórios, como se trata de responsabilidade contratual, deve incidir, no caso, o disposto no art. 397, parágrafo único, do Código Civil, o qual

explana que *"Não havendo termo, a mora se constitui mediante interpelação judicial*", c/c o art. 219, também do Código de Processo Civil, o qual cita que *"A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição"*.

Dessa forma, a correção monetária deverá incidir a partir da prolação deste acórdão, e os juros moratórios, desde a citação.

No que diz respeito à sucumbência, certo é que a fixação do valor indenizatório a título de danos morais em valor inferior ao pretendido não implica em sucumbência recíproca. Esse entendimento, inclusive, já foi sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça por meio da Súmula 326 *"Na ação de indenização por dano moral, a condenação em montante inferior ao postulado na inicial não implica sucumbência recíproca."*

Por tal motivo é que mantenho os honorários advocatícios no mesmo patamar em que foi fixado na sentença ora apelada.

Diante do ora exposto, conheço do recurso interposto, para lhe **dar parcial provimento**, reduzindo a indenização por danos morais para o montante de R$ 10.000,00 (dez mil reas), tendo a data do arbitramento como termo inicial para a incidência da correção monetária, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça, bem como a da citação para a incidência dos juros moratórios. Por fim, mantenho as Custas e Honorários Advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre a condenação, conforme decidido na sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 29 de agosto de 2012.

Número Único 0044478-78.2005.8.06.0001
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas do Estado do Ceará
Apelado: Gráfica e Editora LCR Ltda.
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO. PRELIMINARES DE INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. DANO MORAL CONFIGURADO. PUBLICIDADE AGRESSIVA DE SINDICATO CONTRA EMPRESA. ABUSIVIDADE SINDICAL. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A matéria posta cinge-se acerca de dano à imagem de pessoa jurídica, que estaria a inobservar legislação trabalhista, praticado pela divulgação maldosa;
2. O julgamento antecipado da lide não constitui cerceamento de defesa, consoante o art. 330, I, do CPC, sempre que a questão for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato não houver necessidade de produção de provas;
3. Restando configurada lesão à honra objetiva da pessoa jurídica, a indenização por dano moral é medida que se impõe, conforme preceitua a Súmula 227, do STJ;
4. A fixação da reparação do dano deve ser aquilatada de forma que não se configure excessiva, nem tampouco seja insuficiente para promover a reparação civil almejada;
5. Apelo parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0044478-78.2005.8.06.0001 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

VOTO

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

O apelante, Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Gráficas do Estado do Ceará, investiu contra a sentença do juízo monocrático fundando seu recurso nas preliminares de incompetência do juízo cível e cerceamento de defesa. Quanto ao mérito, argumenta a improcedência do pleito indenizatório, eximindo-se de haver praticado atos

que possam ensejar indenização em danos morais.

- Da incompetência do juízo cível

Argui o apelante em seus argumentos a incompetência absoluta deste juízo, alegando tratar-se de matéria da seara trabalhista. Antecipo que razão não lhe assiste, pois tratam-se os presentes autos de indenização por danos morais, por conduta ilícita praticada contra honra e imagem de pessoa jurídica, estando a relação trabalhista alijada deste caso.

Com efeito, a promulgação da Emenda Constitucional 45/2004, consagrou no inciso VI, do artigo 114, da Constituição Federal, a competência da Justiça do Trabalho para apreciação das ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho, devendo por isso os litígios que envolvam tais espécies de relações serem prontamente remetidos à Justiça do Trabalho.

Entretanto, a matéria posta nos autos, não diz respeito a discussões de cunho laboral, mas sim, cinge-se quanto ao dano à imagem de pessoa jurídica, que estaria a inobservar a legislação trabalhista e como tal fato foi levado a público. Não há relação nem vínculo de trabalho entre as partes envolvidas neste pleito.

Diante de tais apontamentos, declaro o afastamento da preliminar de incompetência desta Casa.

- Do cerceamento de defesa

Entendeu o Julgador de planície por considerar a desnecessidade da produção de demais provas e, convencido de seu mister jurisdicional, houve por bem julgar antecipadamente a lide.

Sabe-se que o julgamento antecipado da lide, consoante dispõe o artigo 330, inciso I, do CPC, é possível sempre que a questão de mérito for unicamente de direito, ou sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produção de prova. Por óbvio, o julgamento antecipado, quando enseja concreto prejuízo à parte interessada na produção da prova, caracteriza o cerceamento de defesa. Porém, desnecessária a instrução probatória, não há que se falar em nulidade do *decisum*.

De toda sorte, não se pode olvidar que a instrução probatória tem como destinatário o julgador que, diante do caso apresentado e dos elementos constantes dos autos, deve formar a sua convicção, motivando-a, respaldado pelo princípio da persuasão racional, vislumbrado no artigo 131, do CPC.

Assim, cabe ao juízo fazer medição equilibrada do conjunto argumentativo e da realidade concreta do processo no exame da conveniência dilatória do feito. Vale dizer, na análise de pertinência das provas requeridas para esclarecimento da matéria *sub judice,* cotejando-as com elementos já antecipados nos autos, a fim de que possa, com segurança e razoabilidade, denegar vias instrutórias que se mostrem portadoras de caráter manifestamente protelatório ou inútil para o escopo mencionado.

Portanto, por entender que operou corretamente o magistrado, não indicando o caso presente afronta aos princípios constitucionais, posto que a documentação jungida aos autos foi suficiente para a formação da convicção do juízo, rejeito esta preliminar.

Pois bem, ultrapassadas as preambulares, passemos à análise do mérito.

A *vexata quaestio* fixa-se em verificar a possibilidade de condenação da apelante em danos morais, pela conduta ilícita que lhe foi atribuída, quando da publicidade de possíveis inobservâncias da legislação trabalhista por parte da apelada.

A Constituição Federal elidiu qualquer dúvida que pudesse remanescer a respeito da reparabilidade do dano moral, estatuindo em seu artigo 5º, inciso V, que:

> "É assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem"

E no item X:

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

Pela simples leitura do art. 186, do Código Civil de 2002, não se pode chegar a outra conclusão, senão àquela de 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". Independentemente de o ofendido ser pessoa física ou jurídica.

Analisando a regra legal transcrita, ensina Sílvio Rodrigues que constituem 'pressupostos da responsabilidade civil: A) ação ou omissão do agente; B) culpa do agente; C) relação de causalidade; D) dano experimentado pela vítima' (Direito Civil, IV/14).

Sobressai da intelecção dessas normas, que o dever de reparar o prejuízo ocasionado pelo ato ilícito assenta-se na conjugação necessária de três requisitos indissociáveis, quais sejam o dano ou o prejuízo sofrido pela vítima; a culpa do agente e o nexo causal entre tais elementos, resultando induvidoso que a ausência de um desses pressupostos afasta a obrigação de indenizar, à vista do que não é suficiente apenas a alegada conduta antijurídica do réu para que se reconheça o dever de ressarcir, sendo necessária a prova de que o ato praticado pela mesma ocasionou à autora ofensa passível de indenização.

Desta feita, ao se tratar de pessoa jurídica, não se cogita de reparação em decorrência de dor e tristeza, em seu significado mais amplo, por razões óbvias e devido às peculiaridades específicas do ente jurídico. Mas, sim, de efetivo dano à imagem de pessoa jurídica no mercado em que atua.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, através da Súmula 227, manifesta o entendimento de que pessoa jurídica pode ser alvo de danos morais. Entretanto, somente há que se considerar passível de lesão sua honra objetiva, que se configura com a interferência do ato ilícito em sua esfera moral, se for atingida em sua própria fama, conceito, nome, prestígio e credibilidade, afetando seu patrimônio, o que restou efetivamente demonstrado através dos periódicos e panfletos editados pelo Sindicato, que foram carreados aos autos. Vejamos o conteúdo de alguns:

> "Prezado cliente, Se você procura pontualidade na entrega presteza e rapidez no atendimento (…)
> Você veio ao lugar certo!
> A LCR, é tudo isso e muito mais!
> Também, impõe aos seus empregados 8 horas corridas de trabalho, só reserva meia hora para almoço (…)
> Não permite que seus trabalhadores sejam sindicalizados. Quem se associa, é demitido." (fl. 60).
>
> "LCR, máquina de espremer gente." (fl.70).
>
> "LCR, a casa dos artistas
> Pense, numa gráfica onde os trabalhadores são monitorados, vigiados, 24 horas por dia. Nem na hora do almoço, dá sossego (…)." (fl.83).
>
> "Terrorismo na LCR. É isso mesmo, terrorismo. Os donos da LCR estão ameaçando de demissão, trabalhadores que ousarem sindicalizar-se, é mole?" (fl. 87).
>
> "Tudo que eu gosto é ilegal, é imoral ou... Essa é a tônica diária na LCR, no que diz respeito às relações de trabalho. Se não vejamos: pressão deliberada dos chefes e do Setor Pessoal para os trabalhadores tirarem o nome do quadro de associados do Sindicato, obriga os trabalhadores a fazerem hora-extra, não pagou o reajuste salarial da Categoria nos meses de fevereiro a janeiro de 2000 (…)" (fl. 96).

Assim, de fato, restam demonstrados os danos vivenciados pela autora, LCR Gráfica, com o ato ilícito perpetrado pelo réu e o nexo de causalidade entre um e outro, pelo que se mostra necessária a fixação de indenização por danos morais.

Evidenciado o dever indenizatório, passa-se ao exame do valor a ser arbitrado a esse título, impondo-se observar que a dor, a alegria, a vida, a saúde, a liberdade, a honra não têm preço, o que acarreta dificuldade em se estabelecer uma real equivalência entre o dinheiro e o sofrimento experimentado por alguém e, em face da ausência de parâmetros jurídicos preestabelecidos a esse fim, deve-se 'buscar, de um certo modo, a melhor maneira de se fazer esse sopesamento.

Dito isto, ante a ausência de limites certos e definidos no ordenamento jurídico em vigor à avaliação do dano moral para o efeito de ressarcimento, impõe-se a necessidade de se proceder a um prudente arbítrio. Leva-se em conta a dupla finalidade da condenação, qual seja desestimular o responsável pelo dano, para que evitem a ocorrência futura de atos semelhantes, e compensar a vítima pela dor indevidamente sofrida, para que o ressarcimento não se transforme numa fonte de enriquecimento injustificado ou que seja inexpressivo a ponto de não retribuir o mal causado pela ofensa.

Destarte, tem-se que o arbitramento do montante indenizatório deve ter por parâmetro, dentre outros aspectos, as condições da vítima e do ofensor, o grau de dolo

ou culpa presente na espécie, bem como os prejuízos morais sofridos pela vítima, sendo essa a orientação unânime dos tribunais do País:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL. MAJORAÇÃO DO VALOR DA INDENIZAÇÃO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CONFIGURADO. IMPROVIMENTO.
> 1.- É possível a intervenção desta Corte para reduzir ou aumentar o valor indenizatório por dano moral apenas nos casos em que o valor arbitrado pelo Acórdão recorrido se mostrar irrisório ou exorbitante, situação que não se faz presente no caso em tela.
> **2.- Em se tratando de dano moral, cada caso, consideradas as circunstâncias do fato, as condições do ofensor e do ofendido, a forma e o tipo de ofensa, bem como suas repercussões no mundo interior e exterior da vítima, cada caso, repita-se, reveste-se de características que lhe são próprias, o que os faz distintos uns dos outros.** Assim, ainda que, objetivamente, sejam bastante assemelhados, no aspecto subjetivo são sempre diferentes. Por isso, é muito difícil, nessas situações, apreciar-se um recurso especial com fundamento na alínea c do permissivo constitucional.
> 3.- O agravo não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.
> 4.- Agravo Regimental improvido." (AgRg no AREsp 6.098/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011)

Tendo em vista todos os aspectos apontados acima, se afigura correta a minoração do montante arbitrado no juízo primevo, diminuindo de R$ 30.000,00 para R$ 10.000,00, em razão de ser o ofensor um sindicato representativo de classe, que se mantém da contribuição de seus associados. Ademais, se considerarmos as devidas correções que recairão sobre o valor indenizatório, entendo que essa importância não se configura excessiva, nem tampouco insuficiente para promover a reparação civil pretendida.

Diante de tais considerações, dou parcial provimento ao apelo, no sentido de minorar o valor da condenação por danos morais, corrigida monetariamente e com juros de mora de 1% ao mês, ambos a partir da data de prolação da presente decisão, passando a suplicada, ainda, a arcar com o pagamento da totalidade das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados em R$ 2.000,00 (dois mil reais), corrigidos monetariamente a partir do ajuizamento da ação e com juros de mora de 1% ao mês desde a citação, mantida a sentença quanto aos demais pontos, por seus próprios fundamentos.

É como voto.

Fortaleza, 20 de março de 2012.

Processo: 0068096-47.2008.8.06.0001 - Apelação
Apelantes: Clomilson Martins Freire e José Itamar Fonseca
Apelado: Estado do Ceará
Relator: Des. Inácio de Alencar Cortez Neto

EMENTA:
DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SENTENÇA LABORAL TRANSITADA EM JULGADO QUE RECONHECE PISO SALARIAL. LEI 4.950-A/1966. DESCUMPRIMENTO APÓS MUDANÇA DE REGIME CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. OFENSA À COISA JULGADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA.

1. O direito ao piso salarial, estabelecido por lei e reconhecido em sentença transitada em julgado, deve ser assegurado, em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica.

2. A coisa julgada, constituída na Justiça Laboral, impede a rediscussão da matéria em qualquer outro Tribunal, não podendo ser atingida, inclusive, pela mudança do regime jurídico celetista para estatutário.

3. Sendo assim, irrelevante torna-se a discussão acerca da recepção da Lei 4.950-A/66 pela atual Constituição, uma vez que, em consonância com o princípio da segurança jurídica, a coisa julgada deve ser preservada.

4. A reforma da sentença *a quo* é medida que se impõe, a fim de condenar o Estado do Ceará à imediata reimplantação, em folha de pagamento dos apelantes, do piso salarial de 6 (seis) salários mínimos**,** além do pagamento de todos os valores atrasados, decorrentes da diferença salarial desde maio de 1998 até os dias atuais, ressalvando que tais valores devem ser pagos até o momento em que os apelantes passaram a receber quantia superior aos 6 (seis) salários mínimos estabelecidos em decisão transitada em julgado, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença a ser realizada em 1º grau, nos termos do art. 475-C, II, CPC.

5. Apelo parcialmente provido. Decisão Unânime.

ACÓRDÃO:

Acorda a Turma, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, para

lhe dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 26 de setembro de 2012.

VOTO

Preliminarmente, antes de ingressar no mérito do presente recurso, faz-se necessária a análise do agravo retido, interposto às fls. 258/260, no qual se requer que seja acolhido o pedido de aditamento da inicial, pleiteado às fls. 213/219, e, por conseguinte, que seja adicionado à presente demanda o pedido alternativo de inclusão no Plano de Cargos e Carreiras – PCC.

Em suas razões recursais, os agravantes sustentam que, em virtude da declaração de incompetência da Justiça Trabalhista, a citação realizada por tal juízo seria nula, motivo pelo qual deveria ter ocorrido uma nova citação, desta vez determinada pela Justiça Comum, com o restabelecimento do prazo para se aditar a inicial, nos ditames legais do art. 294 do CPC.

Entretanto, é cediço que, malgrado a competência ter sido declinada pela Justiça do Trabalho, a citação realizada pelo juízo declinante, com fulcro no art. 219, do CPC, permanece válida, senão vejamos:

> "Art. 219. A citação torna prevento o juízo, induz em litispendência e faz litigiosa a coisa; e, **ainda quando ordenada por juiz incompetente**, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição."

Ademais, a nulidade decorrente do declínio de competência tem o condão de atingir apenas o atos de caráter decisório, aproveitando-se, assim, os atos postulatórios, de saneamento e probatórios. É o que dispõe o art. 113, §2º, do CPC, *in verbis:*

> "Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.
>
> §2º. Declarada a incompetência absoluta, **somente os atos decisórios serão nulos**, remetendo-se os autos ao juiz competente."

Destarte, consoante interpretação dos dispositivos processuais suso mencionados, torna-se clara a conclusão de que, ocorrendo o reconhecimento da incompetência absoluta, como no caso em tela, somente restar-se-ão nulos aqueles atos de cunho decisório.

Nesse sentido, qual seja, da validade da citação realizada por juízo incompetente, já decidiu esta Egrégia Corte (grifei):

> "APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DIREITO

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. **CITAÇÃO PROMOVIDA POR JUIZO INCOMPETENTE. PRODUÇÃO DE EFEITOS**. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DESNECESSIDADE DE PROVA EM AUDIÊNCIA. POSSIBILIDADE. PAGAMENTO POR SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS A SERVIDOR ESTADUAL REGIDO POR REGIME PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. DIREITO SOCIAL DE TODO TRABALHADOR, QUER REGIDO PELO REGIME GERAL OU ESTATUTÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. **1 - É certo que ao ser declarada a incompetência do juízo, alguns atos serão considerados nulos. Todavia, tratou o legislador de escolher os decisórios, como aqueles que necessitariam de confirmação ou repetição.** 2 - São atos do juiz: sentença, decisão interlocutória e despacho (art. 162 do CPC). Sendo oportuno observar que o ato que determina a citação não resolve questão incidente no processo, logo não corresponde ao ato judicial previsto no § 2º do art. 162 do CPC (decisão), tampouco ao § 1º do citado artigo (sentença), restando classificá-lo, portanto, como despacho. 3 - Nesse sentido: "O ato do juiz de primeiro grau que determina a citação do executado para satisfação da obrigação não é ato que, no curso do processo, resolve questão incidente. Portanto, não se trata de uma decisão interlocutória, consoante a compreensão que se pode extrair do artigo 162, § 2º, do Código de Processo Civil, sendo portanto, irrecorrível por via do agravo de instrumento". (STJAgRg no Ag 1267544/CE). 4 - *In casu*, a sentença de 1º grau está em sintonia com os ditames do art. 330, I, parte final, do Código de Processo Civil, vez que o feito está devidamente instruído e o promovido foi regularmente intimado para apresentar as provas que desejava produzir (fls. 17 e 17v.), deixando transcorrer o prazo sem qualquer manifestação. Comportando-se da mesma forma quando intimado da decisão que anunciava o julgamento antecipado do feito (fls. 22-23). Nesse ponto não há que se falar em cerceamento de defesa, ou em impossibilidade de julgamento antecipado da lide. 5 - Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida." (TJ/CE – Apelação nº. 463778-37.2000.8.06.0000/0 – Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, 5ª Câmara Cível, j. Em 16/09/2011)

Em reforço à tese de admissibilidade do aditamento à inicial, os agravantes sustentam, ainda, que o Estado do Ceará, ora agravado, concordou tacitamente com o referido pleito, não se manifestando no momento processual oportuno.

Entretanto, compulsando os autos, verifica-se que o Estado do Ceará, apesar de não ter se manifestado expressamente acerca do pedido de aditamento da inicial, em nenhum momento anuiu tacitamente com este.

Faz-se importante salientar, inclusive, que não houve, em momento algum, abertura de prazo para o Estado do Ceará manifestar-se acerca do pedido de aditamento da inicial, não podendo admitir-se, portanto, a ocorrência de anuência tácita do agravado.

Assim, sob à luz do art. 264, *caput,* do CPC, sem a anuência do réu, resta inadmissível o aditamento da petição inicial após a citação, senão vejamos:

> "Art. 264. 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."

Dessarte, resta esclarecido que, em face da plena validade da citação realizada pela Justiça do Trabalho, o aditamento da inicial pleiteado pelos agravantes somente seria admitido em caso de consentimento do agravado, o que, de fato, não ocorreu.

Diante de todas as razões expostas, **nego provimento ao presente agravo retido**, mantendo, assim, a decisão de 1º grau que rejeita e desconsidera o pleito de aditamento à petição inicial formulado pelos agravantes.

Também em sede de preliminar, o Estado do Ceará, em suas contrarrazões recursais, alegou a ocorrência de prescrição da pretensão dos autores, e, por conseguinte, requereu a extinção do feito.

Entretanto, tal alegação não merece prosperar, uma vez que o prazo prescricional, *in casu,* começou a ser contado da data em que o ente estatal passou a descumprir a decisão judicial, qual seja, maio de 1998, e não da vigência da Lei nº. 11.712/90, que instituiu o Regime Jurídico Único para os servidores do Estado do Ceará, como sustenta o apelado.

Sendo assim, os autores, ao ajuizarem a presente demanda, em agosto de 2002, respeitaram o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, previsto no art. 1º do Decreto nº. 20.910/32, para a cobrança de verbas contra a Fazenda Pública.

Destarte, ante a não ocorrência de prescrição no presente caso, rejeito a preliminar levantada.

Ultrapassadas as questões preliminares, passa-se a decidir acerca do mérito deste feito.

Inicialmente, cumpre ressaltar que é fato incontroverso, no caso em tela, que fora reconhecido, em decisão que transitou em julgado no processo nº. 062/87, que tramitou perante a 4ª Vara do Trabalho da Comarca de Fortaleza-CE, o direito aos apelantes de percepção do piso salarial assegurado pelo art. 5º da Lei nº. 4.950-A/66, no valor de 6 (seis) salários mínimos, para aqueles que laboravam pelo período de 6 (seis) horas diárias.

Assim dispõe o dispositivo legal mencionado:

> "Art. 5º. Para a execução das atividades e tarefas classificadas na alínea a do art. 3º, fica fixado o salário-base mínimo de 6 (seis) vezes o maior salário-mínimo comum vigente no País, para os profissionais relacionados na alínea a do art. 4º, e de 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo comum vigente no País, para os profissionais da alínea do art. 4º."

Ocorre que, a partir de maio de 1998, a referida decisão trabalhista deixou de ser cumprida, fato que levou os autores a ingressarem com esta demanda, a fim de que o Estado, ora apelado, restabeleça o piso salarial dos apelantes, em cumprimento ao decidido em sentença judicial e, portanto, em harmonia com o estabelecido na Lei

4.950-A/66.

Outro fato incontroverso, no caso em testilha, é que, com o advento da Lei Estadual nº. 11.712/90, o Regime Jurídico Único (RJU) fora instituído para os servidores públicos do Estado do Ceará, submetendo ao regime estatutário, inclusive, os servidores celetistas, como se pode observar do disposto no art. 2º, do citado diploma legal, *in verbis:*

> "Art. 2º. Em consequência do disposto no artigo anterior, são também submetidos ao regime estatuário os atuais servidores:
> (…)
> II – sujeitos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho, salvo as hipóteses dos §§ 3º e 4º."

Entretanto, tal mudança de regime não tem o condão de alterar situações protegidas por decisões judiciais definitivas, conforme depreende-se da leitura do § 1º do dispositivo citado (destaquei):

> "§1º. Aos servidores referidos nos itens I e II deste artigo são estendidos os direitos, vantagens e obrigações inerentes ao Regime Jurídico Único ora adotado, **assegurado o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada**, mantida as vantagens de caráter pessoal que até então venham percebendo." (grifo nosso)

Ocorre que, não obstante a existência de todas essas questões, o Estado, em desrespeito ao direito adquirido dos apelantes, bem como à coisa julgada, gerada na Justiça do Trabalho, deixou de aplicar, unilateralmente, o piso salarial da Lei nº. 4.950-A/66.

Ora, é cediço que o ordenamento jurídico pátrio estabelece, como um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, a garantia fundamental da segurança jurídica, sendo esta consolidada em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, XXXVI, *in verbis:*

> "XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada."

Sendo assim, o direito ao piso salarial, estabelecido por lei e reconhecido em sentença transitada em julgado, deve ser assegurado, em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica

Sobre o tema, sábias são as palavras do Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, J.J. Gomes Canotilho, que, com brilhantismo peculiar, aduz acerca dos principais efeitos do princípio em comento (grifei):

> "As refracções mais importantes do princípio da segurança jurídica são

> as seguintes: (1) relativamente a actos normativos - proibição de normas retroactivas restritivas de direitos ou interesses juridicamente protegidos; **(2) relativamente a actos jurisdicionais - inalterabilidade do caso julgado**; (3) em relação a actos da administração - tendencial estabilidade dos casos decididos através de actos administrativos constitutivos de direito."

Dessarte, a medida adotada pelo Estado do Ceará, qual seja, o não pagamento do piso salarial estabelecido por lei, viola a garantia constitucional acima mencionada, haja vista a existência de decisão judicial transitada em julgado sobre o tema.

E sobre os efeitos desse instituto que concretiza a segurança jurídica, qual seja, a coisa julgada, faz-se oportuno citar os ensinamentos do eminente processualista Fredie Didier Jr., que assevera com clareza (grifei):

> "O efeito negativo da coisa julgada impede que a questão principal já definitivamente decidida seja novamente julgada como questão principal em outro processo.
> (…)
> O efeito positivo gera, portanto, a vinculação do julgador de outra causa ao quanto decidido na causa em que a coisa julgada foi produzida. **O Juiz fica adstrito ao que foi decidido em outro processo**.
> (...)
> **A coisa julgada cria uma sólida armadura em torno da decisão, tornando irrelevantes quaisquer razões que se deduzam no intuito de revê-la.** Nem mesmo questões de ordem pública podem ser arguidas. Ressalva" (Curso de Direito Processual Civil, Volume 2, 4ª Edição, p.425/427 – Ed. JusPodivm)

Desta forma, a coisa julgada, constituída na Justiça Laboral, impede a rediscussão da matéria em qualquer outro Tribunal, não podendo ser atingida, inclusive, pela mudança do regime jurídico celetista para estatutário.

Nesse diapasão, este Egrégio Tribunal, em julgamentos de casos semelhantes, inclusive proferidos pela Quarta Câmara Cível, já decidiu (grifei):

> "CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. **PISO SALARIAL. DECISÃO DEFINITIVA DA JUSTIÇA LABORAL. DIREITO ADQUIRIDO. COISA JULGADA. ATO JURÍDICO PERFEITO.** IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. 1. Não havendo ato administrativo de negação da pretensão, não se cogita de prescrição do fundo de direito, senão das parcelas anteriores ao qüinqüênio antes da propositura da ação; 2. **Deve ser preservado o direito ao piso salarial, garantido por lei, mormente se reconhecido por decisão judicial transitada em julgado**; 3. Constitui garantia constitucional a irredutibilidade de vencimentos e nem a mudança de regime jurídico

> poderia atingir seus postulados; 4. Sentença mantida; 5. Recurso conhecido, mas improvido." (AP. 2005.0007.6228-0/1. 4ª Câmara Cível. Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva. J., DJ 05/03/2008)
>
> "AGRAVO REGIMENTAL. DIREITO CONTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MUDANÇA DE REGIME CELESTITA PARA ESTATUTÁRIO. **PISO SALARIAL RECONHECIDO NA JUSTIÇA LABORAL (LEI 4.950-A/1966). COISA JULGADA. O PRESENTE CASO NÃO É ALBERGADO PELA SÚMULA VINCULANTE Nº 04**. PRECEDENTES. ACORDÃO QUE TRATOU EXPRESSAMENTE DA MATÉRIA, DANDO-LHE A SOLUÇÃO MAIS ADEQUADA. **REDISCUSSÃO DA MATÉRIA. IMPOSSIBILIDADE.** SÚMULA Nº 18 DO TJCE. 1. Em mesa, agravo manejado pelo ESTADO DO CEARÁ no intuito de admitir o recurso extraordinário (fls. 384/396) em face de acórdão (fls. 347/353) unânime promanado desta egrégia Câmara de Direito Civil, com fulcro no art. 543-A e 543-B do Código de Processo Civil. 2. Considerando que a posição adotada por esta Câmara não se coadunava com o entendimento do próprio STF (RE nº 565.714), e em cumprimento ao art. 543, §3º, os presentes autos foram novamente remetidos a esta relatoria para juízo de retratação ou levar para Turma julgadora para nova manifestação. 3. **O direito ao piso salarial, garantido por lei e reconhecido por decisão judicial transitada em julgado deve ser assegurado, em respeito a segurança jurídica, ao direito adquirido, a coisa julgada e ao ato jurídico perfeito.** 4. PRECEDENTES. Apelação - 2005.0007.6228-0/1, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva. Apelação - 2000.0135.8206-3/1, 4ª Câmara Cível, Relator: Des. Lincoln Tavares Dantas. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO" (Agravo 75321420200080600013 – Rel. Des. Vera Lúcia Correia Lima, 4ª Câmara Cível, j. Em 07/12/2011)

Importante frisar que o Estado do Ceará, ora apelado, poderia, à época do julgamento na Justiça do Trabalho, ter manifestado-se contra o *decisum* laboral e, por conseguinte, ter levado a testilha para os Tribunais Superiores.

Saliente-se, também, que o referido ente federativo poderia ter feito uso, dentro do prazo de 2 (dois) anos, do instituto da ação rescisória, nos ditames do art. 485, do CPC, único meio apto a modificar a coisa julgada, entretanto, assim não o fez.

Ademais, os apelantes sustentam que o piso salarial estabelecido na Lei nº. 4.950-A/66, em seu art. 5º, já reconhecido por sentença transitada em julgado, viola o dispositivo constitucional que veda a vinculação dos vencimentos ao salário mínimo, contrariando, assim, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, expresso nas Súmulas Vinculantes 4 e 339.

Ora, este julgador reconhece que o suso mencionado dispositivo legal é eixo de severas críticas e discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua recepção pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, é importante frisar, mais uma vez, que os apelantes, ao ajuizarem a presente demanda, não tinham o escopo de discutir a possibilidade de vinculação de

seus vencimentos ao salário mínimo e, muito menos, de aferir a constitucionalidade da Lei º. 4.950/66-A, mas, sim, de obter o cumprimento de decisão judicial que já discutiu o mérito da causa, a qual, hodiernamente, encontra-se resguardada pela coisa julgada.

Assim sendo, irrelevante torna-se a discussão acerca da recepção da Lei 4.950-A/66 pela atual Constituição, uma vez que, em consonância com o princípio da segurança jurídica, a coisa julgada deve ser preservada.

Todavia, a mero título de argumentação, ainda que fosse possível desconstituir a coisa julgada pela não recepção da Lei nº. 4.950-A/66 – o que sabemos ser inadmissível – é importante destacar que o Tribunal Superior do Trabalho, em julgado recente, pacificou o entendimento de que a referida lei não viola a norma constitucional que veda a vinculação dos salários mínimos, *in verbis* (grifei)*:*

> "ENGENHEIRO. FIXAÇÃO DE SALÁRIO PROFISSIONAL EM MÚLTIPLOS DO SALÁRIO MÍNIMO. LEI 4950-A/66. ART. 7º, INC IV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. Não é incompatível com o art. 7º, inc. IV, da Constituição da República, a vinculação do salário profissional dos engenheiros a múltiplos do salário mínimo, prevista na Lei 4.950-A/66, uma vez que o legislador tratou de verdadeiro padrão para o piso da categoria. A norma constitucional inserta no art. 7º, inc. IV, ao garantir aos empregados o direito à percepção de salário capaz de atender às suas necessidades básicas e às de sua família, veda a vinculação do salário mínimo para efeito de reajuste de preços e serviços em geral, não se referindo à fixação de salário profissional, determinado por lei ou mediante contrato de trabalho. **Nesse diapasão, fixou-se jurisprudência de que a estipulação do salário profissional em múltiplos do salário mínimo não afronta o art. 7º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988** (Orientação Jurisprudencial 71 da SDI-2 desta Corte). Recurso de Embargos de que se conhece e a que se dá provimento." (E-ED-RR – 30800-40.2008.5.06.0001, Rel. Min. João Batista Brito Pereira, j. Em 03/05/2012)

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, destacando a força do instituto da coisa julgada, há muito já pacificou o entendimento de que esta deve prevalecer ainda que a referida Corte firme posicionamento contrário, senão vejamos (grifei):

> **"MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. APOSENTADORIA. REGISTRO. VANTAGEM DEFERIDA POR SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. DISSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DETERMINAÇÃO À AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA SUSPENDER O PAGAMENTO DA PARCELA. IMPOSSIBILIDADE. 1. Vantagem pecuniária incluída nos proventos de aposentadoria de servidor público federal, por força de decisão judicial transitada em julgado. Impossibilidade de o Tribunal de Contas da União impor à autoridade administrativa sujeita à sua fiscalização a suspensão do respectivo pagamento. Ato que se afasta da competência reservada à Corte de Contas (CF, artigo 71, III). 2. Ainda que contrário à pacífica**

> **jurisprudência desta Corte, o reconhecimento de direito coberto pelo manto da *res judicata* somente pode ser desconstituído pela via da ação rescisória. Segurança concedida.** (STF - MS 23665/DF – Rel. Min. Maurício Corrêa – Tribunal Pleno – j. Em 05/06/2002)

Sendo assim, à guisa de conclusão, por não ser possível, no presente caso, a rediscussão da matéria, em respeito à coisa julgada, reconheço que o presente recurso de apelação deve prosperar apenas no que tange ao restabelecimento do piso salarial reconhecido na justiça laboral, qual seja, o de 6 (seis) salários mínimos, e não o de 8,5 (oito e meio) salários mínimo, como também requereram os apelantes.

Por fim, advirta-se, novamente, que o entendimento exposto neste voto não afronta o dispositivo constitucional que veda a vinculação dos vencimentos ao salário mínimo, muito menos contraria os entendimentos sumulados pelo STF, **haja vista tratar-se exclusivamente de determinar o cumprimento de uma decisão judicial protegida pela coisa julgada** e assegurar, portanto, uma garantia constitucional basilar de nosso Estado: a segurança jurídica.

Diante de todo o exposto, **conheço do agravo retido interposto, entretanto, nego-lhe provimento,** na forma alhures exposta. **Quanto ao presente recurso de apelação, conheço-lhe e dou-lhe parcial provimento**, reformando a sentença *a quo*, **condenando o Estado do Ceará à imediata reimplantação**, em folha de pagamento dos apelantes, **do piso salarial de 6 (seis) salários mínimos,** além do pagamento de todos os valores atrasados decorrentes da diferença salarial desde maio de 1998, período em que o Estado absteve-se de pagar a quantia devida, até os dias atuais, ressalvando que tais valores devem ser pagos até o momento em que os apelantes passaram a receber quantia superior aos 6 (seis) salários mínimos estabelecidos em decisão transitada em julgado, o que deverá ser apurado em liquidação de sentença a ser realizada em 1º grau, nos termos do art. 475-C, II, CPC.

Com a inversão do ônus sucumbencial, condeno o Estado do Ceará ao pagamento dos honorários advocatícios, fixados no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), em favor do patrono dos apelantes, o que faço com fulcro no art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

É como voto.

Fortaleza, 26 de setembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0084748-47.2005.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: A. B. M.
APELADA: H. N. M.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA COM PEDIDO DE ALIMENTOS. EMENDA CONSTITUCIONAL 66/2010. ALTERAÇÃO DO ART. 226, § 6º, DA CF/1988. ABOLIÇÃO DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. NÃO ANUÊNCIA DA AUTORA NA CONVERSÃO DO FEITO EM DIVÓRCIO. EXTINÇÃO DO PLEITO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO (ART. 267, VI, DO CPC). PENSÃO ALIMENTÍCIA ARBITRADA EM FAVOR APENAS DA FILHA MENOR DO CASAL. REDUÇÃO DO *QUANTUM* PARA 2,5 (DOIS VÍRGULA CINCO) SALÁRIOS MÍNIMOS. ADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Após o advento da EC 66/2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, a separação judicial foi eliminada do ordenamento jurídico pátrio.

2. A Juíza de 1º Grau, buscando adequar o feito aos termos da EC 66/2010, designou audiência para consultar as partes a respeito do assunto, havendo a Autora rejeitado a conversão da separação judicial em divórcio, de modo que, embora tenha havido a concordância do Demandado, a Magistrada *a quo*, acertadamente, ante a recusa manifestada pela Demandante, extinguiu o pedido de separação judicial sem examinar o seu mérito, por reputá-lo juridicamente impossível (art. 267, VI, do CPC), na medida em que cabia unicamente à Autora aceitar, ou não, a conversão do litígio em divórcio.

3. Considerando-se que os alimentos estipulados na sentença destinam-se exclusivamente à filha menor dos litigantes, o montante deve ser reduzido para 2,5 (dois vírgula cinco) salários mínimos, *quantum* que se afigura razoável e compatível com a realidade dos autos.

4. Apelação conhecida e parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores

integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar parcial provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por A. B. M., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 18ª Vara de Família de Fortaleza que, nos autos de ação de separação judicial litigiosa com pedido de alimentos proposta em seu desfavor por H. N. M., extinguiu o pedido de separação judicial por impossibilidade jurídica e julgou parcialmente procedente o pleito de alimentos.

Na peça exordial (f. 03-11), a Autora argumenta, em sinopse, que se casou com o Demandado em 14 de março de 1985, sob o regime de comunhão parcial de bens, e tiveram 3 (três) filhos, quais sejam, B. N. M. (nascido em 25.03.1987), B. N. M.(nascida em 28.11.1989) e L. N. M. (nascida em 04.11.1996).

Sustentando que os últimos 8 (oito) anos de convivência tornaram-se desarmoniosos, postulou a Demandante, por meio da ação de que se cuida, a decretação da separação judicial litigiosa do casal e a condenação do Requerido ao pagamento de pensão alimentícia no valor de 10 (dez) salários mínimos em favor dos filhos.

A Juíza de 1º Grau, em sede de tutela antecipada, arbitrou alimentos provisórios em valor equivalente a 4 (quatro) salários mínimos em benefício dos 3 (três) filhos do casal (f. 85-87).

Em sentença de f. 950-953, a Magistrada *a quo* extinguiu o pedido de separação judicial sem analisar o seu mérito, com base no art. 267, VI, do CPC, por entender que era juridicamente impossível, haja vista a discordância da Recorrida no que tange à conversão do feito em divórcio, julgando parcialmente procedente o pleito de alimentos, fixando-os em 4 (quatro) salários mínimos em benefício apenas da filha menor do casal (L. N. M.).

O Apelante (f. 957-963) aduz, em sinopse, que:

a) a ação de separação judicial litigiosa deveria ter sido convertida em divórcio, não havendo que se falar em impossibilidade jurídica do pedido;

b) afigura-se desproporcional o montante de 4 (quatro) salários mínimos, fixado a título de pensão alimentícia em prol apenas da sua filha menor (L. N. M.), na medida em que esse mesmo *quantum* havia sido estipulado, provisória e anteriormente, em benefício dos 3 (três) filhos do casal.

Pugna, enfim, o Recorrente pelo provimento do recurso, reformando-se a sentença fustigada, de modo que a separação judicial seja convertida em divórcio e que seja reduzida a pensão alimentícia para 1 (um) salário mínimo.

Contrarrazões da Apelada às f. 1017-1029.

Em parecer de f. 996-1012, ratificado às f. 1045-1047, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo parcial provimento do recurso, decretando-se o divórcio do

casal e reduzindo-se a pensão alimentícia para 2,5 (dois vírgula cinco) salários mínimos.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece apenas parcial provimento.

De início, ressalto que, após a edição da EC 66/2010, que alterou o art. 226, § 6º, da Constituição Federal, eliminou-se a separação judicial do ordenamento jurídico pátrio, inovação que se aplica à hipótese dos autos, pois a mudança ocorreu no curso da demanda, sendo esta a atual redação do referido comando constitucional:

> Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
> […]
> § 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

No sentido de que as modificações levadas a efeito pela EC 66/2010 em relação ao art. 226, § 6º, da Carta Magna aplicam-se aos processos em andamento, ainda que iniciados antes da sua edição, o seguinte julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - FAMÍLIA - MEDIDA CAUTELAR - SEPARAÇÃO DE CORPOS - ABANDONO DO LAR - INVIABILIDADE - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - APLICAÇÃO IMEDIATA E DE EFICÁCIA PLENA - RECURSO DESPROVIDO. I. A Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, que regulamenta, inclusive, os processos em curso. […] (TJMG, Agravo de Instrumento 0561037-85.2010.8.13.0000, Rel. Des. Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível, julgamento em 16.06.2011, publicação em 26.10.2011)

Apesar das opiniões em contrário, entendo que, com a edição da EC 66/2010, o instituto da separação judicial deixou de existir.

Nesse diapasão, os seguintes arestos:

> APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA - EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010 - APLICAÇÃO IMEDIATA E EFICÁCIA PLENA - AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE RECURSAL - RECURSO NÃO CONHECIDO. - A Emenda Constitucional nº 66/2010 é norma de eficácia plena e de aplicabilidade direta, imediata e integral, que regulamenta, inclusive, os processos em curso, como '*in casu*'. - Com o advento da nova norma constitucional, a separação judicial deixou de existir no ordenamento jurídico pátrio, pelo que a controvérsia resta esvaziada de interesse recursal. (TJMG, Apelação Cível 0221768-27.2008.8.13.0051, Rel. Des. Vieira de Brito, 8ª Câmara Cível, julgamento em 14.07.2011, publicação em 26.10.2011)

> AÇÃO DE SEPARAÇÃO. PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL. CONVERSÃO DA DEMANDA EM AÇÃO DE DIVÓRCIO. […] I - Após o advento da EC nº 66/10, a separação foi eliminada do ordenamento jurídico pátrio, deixando de existir, a partir de então, restrições para a concessão do divórcio, posto que para tanto prescindir-se-ia de prévia separação, assim como de implemento de prazos. […] (TJMG, Apelação Cível 0173085-65.2009.8.13.0554, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. André Leite Praça, julgamento em 07.04.2011, publicação em 02.05.2011)

No mesmo sentido, o entendimento da Desa. Maria Berenice Dias (aposentada do TJRS), manifestado no artigo intitulado "EC 66/10 – e agora?", o qual foi publicado em seu site pessoal (www.mariaberenice.com.br):

> "Ao ser excluída a parte final do indigitado dispositivo constitucional, desapareceu toda e qualquer restrição para a concessão do divórcio, que cabe ser concedido sem prévia separação e sem o implemento de prazos. A partir de agora a única ação dissolutória do casamento é o divórcio que não mais exige a indicação da causa de pedir. Eventuais controvérsias referentes a causa, culpa ou prazos deixam de integrar o objeto da demanda. Via de consequência não subsiste a necessidade do decurso de um ano do casamento para a obtenção do divórcio (CC 1.574). No entanto, como foi mantido o verbo 'pode' há quem sustente que não desapareceu o instituto da separação, persistindo a possibilidade de os cônjuges buscarem sua concessão pelo só fato de continuar na lei civil dispositivos regulando a separação. A conclusão é para lá de absurda, pois vai de encontro ao significativo avanço levado a efeito: afastou a interferência estatal que, de modo injustificado, impunha que as pessoas se mantivessem casadas. O instituto da separação foi eliminado. Todos os dispositivos da legislação infraconstitucional a ele referente restaram derrogados e não mais integram o sistema jurídico. Logo, não é possível buscar em juízo a decretação do rompimento da sociedade conjugal".

Na espécie, verifico que a Juíza de 1º Grau, buscando adequar o feito aos termos da EC 66/2010, designou audiência para consultar as partes a respeito do assunto, havendo a Apelada, autora da ação, rejeitado a conversão da separação judicial em divórcio.

Dessa forma, embora tenha o Apelante demonstrado interesse na conversão da demanda em divórcio, a Magistrada *a quo*, acertadamente, ante a recusa manifestada pela Recorrida, julgou extinto o pedido de separação judicial, por reputá-lo juridicamente impossível, na medida em que cabia unicamente à Promovente, ora apelada, aceitar, ou não, a conversão do litígio em divórcio.

Desse modo, deve ser mantida a extinção do pedido de separação judicial, tendo em vista a sua manifesta impossibilidade jurídica, cabendo ao Recorrente, se assim o desejar, ajuizar a competente ação de divórcio.

Superada essa questão, examino a matéria relativa aos alimentos.

Destaco que, em decorrência do poder familiar, que se relaciona com o dever dos pais de manter e educar os filhos, ambos os cônjuges devem contribuir para o sustento dos filhos, não podendo a obrigação recair apenas sobre um dos genitores (art. 229 da Constituição Federal).

Demais disso, para a fixação da pensão alimentícia, é imprescindível levar em consideração o binômio necessidade/possibilidade, nos termos dos arts. 1.566, IV e 1.694, § 1º, ambos do Código Civil.

Maria Helena Diniz, examinando os referidos dispositivos do Código Civil, ensina que:

> "Será dever de ambos os genitores sustentar, guardar e educar os filhos, preparando-os para a vida de acordo com suas possibilidades. A violação dessa obrigação, relativamente ao que concerne aos filhos menores e não emancipados, acarreta a suspensão ou destituição do poder familiar, remediando-se o mal pela ação de alimentos, podendo, ainda, configurar crime de abandono material, intelectual e moral da família (CP, arts. 244 a 247)". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1097-1098)

> "Imprescindível será que haja proporcionalidade na fixação dos alimentos entre as necessidades do alimentando e os recursos econômico-financeiros do alimentante, sendo que a equação desses dois fatores deverá ser feita, em cada caso concreto, levando-se em conta que a pensão alimentícia será concedida sempre *ad necessitatem*". (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1200)

Assim, postas as premissas necessárias, passo a analisar o *quantum* da pensão alimentícia.

A Juíza *a quo* deferiu o pleito antecipatório, fixando alimentos provisórios no valor de 4 (quatro) salários mínimos em favor dos 3 (três) filhos dos querelantes.

Após, por sentença, a Magistrada de 1º Grau julgou parcialmente procedente o pedido de alimentos, determinando que o Recorrente pagasse, unicamente em benefício da filha menor do casal (Lara Nunes Moita), o mesmo montante anteriormente estipulado na decisão que antecipou os efeitos da tutela, a saber, 4 (quatro) salários mínimos.

Por oportuno, esclareço que é impertinente o argumento da Apelada no sentido de que os outros 2 (dois) filhos do casal vivem às suas expensas, na medida em que a sentença fixou os alimentos somente para a filha menor dos litigantes (L. N. M.).

Dessa forma, os outros 2 (dois) filhos dos querelantes, se assim acharem conveniente, deverão postular alimentos em nome próprio, por serem maiores e capazes.

Sendo assim, levando em consideração que os alimentos estipulados na sentença destinam-se exclusivamente à filha menor dos litigantes (L. N. M.), entendo que o montante deve ser reduzido para 2,5 (dois vírgula cinco) salários mínimos,

quantum que se mostra razoável e compatível com as despesas comprovadas pela Apelada, relativas à menor L. N. M. (f. 1030-1031).

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe parcial provimento, apenas para fixar o valor da pensão alimentícia a ser paga pelo Apelante em favor da filha menor do casal (L. N. M.) em 2,5 (dois vírgula cinco) salários mínimos, mantendo, no mais, a sentença combatida.

Fortaleza, 30 de julho de 2012.

Processo nº 0338751-41.2000.8.06.0001
Apelação Cível de Fortaleza
Apelante: Bradesco Previdência e Seguros S.A
Apelados: Doralice Fernandes Farias e outro
Relator: Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. EQUIVALÊNCIA À MORTE ACIDENTAL. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO SEGURADO QUANDO DA CONTRATAÇÃO. NEGATIVA DA SEGURADORA EM PAGAR AOS BENEFICIÁRIOS. NÃO OBRIGATORIEDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. PAGAMENTO DEVIDO. APELO DESPROVIDO.

1. O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador;
2. A boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado;
3. O art. 798, do CCB/2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária;
4. O fato de não haver sido instaurado procedimento administrativo para requestar o seguro, não constitui óbice ao ajuizamento da ação;
5. Apelo conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0338751-41.2000.8.06.0001 em que figuram as partes acima indicadas, acorda a Oitava Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por 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.

Irresignada com a decisão exarada pelo Juízo *a quo*, a Agf Brasil Seguros S/A maneja o presente recurso apelatório.

Pois bem. *Ab initio*, faz-se mister tecer alguns comentários sobre o contrato de seguro. Temos, na lição de Orlando Gomes, ao discorrer sobre o seguro de vida, que:

> "O seguro de vida é o contrato pelo qual uma parte, denominada seguradora, em contraprestação ao recebimento de certa soma chamada prêmio, se obriga a pagar à outra parte, ou terceiro, intitulada aquela segurado, uma quantia determinada, sob a forma de capital ou de renda, quando se verifique o evento previsto."

Portanto, a obrigação decorrente do seguro de vida, quando privado, tem natureza contratual.

Em rigor, a obrigação do segurador não consiste, precipuamente, no pagamento da soma estipulada se ocorre o evento previsto no contrato. Consiste em tutelar o interesse do segurado que, pelo seguro, se justifica a cobrir um risco. Assim, o interesse do segurado não é receber o seguro senão secundariamente, para o caso de ocorrer o evento a que está sujeito o pagamento.

Dito isto, é natural concluir que uma pessoa que faz um seguro por toda a vida, por exemplo, não tem interesse em ser surpreendido pela cessação desta, o quanto antes para que seus herdeiros o recebam.

Diante do conceito acima apresentado, percebe-se que o contrato de seguro é de adesão e deve ser regido pela boa-fé, devendo ser esta o norte de todos os contratos, principalmente o de seguro, conforme disposto nos artigos 765 e 766 da novel legislação civilista, aplicável ao caso em testilha em razão da data do sinistro (03.11.2003). *Verbatim*:

> "Art. 765. O segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes.
>
> Art. 766. Se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido."

É o que ensina Pedro Alvim em "O contrato de seguro," 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 130:

> "A boa fé deve presidir à formação de todos os contratos. Corresponde a um estado de espírito em harmonia com a manifestação de vontade que vinculou as partes contratantes. É a intenção pura, isenta de dolo ou malícia, manifestada com legalidade e sinceridade, de modo a não induzir a outra parte ao engano ou erro. Não constitui um privilégio do contrato de seguro, mas é aí reclamada com maior insistência, dada a relevância de que se reveste na formação e execução de negócio."

Os juristas são unânimes em sublinhar a significação especial da boa

fé no contrato de seguro. É que as decisões do segurador se louvam geralmente nas informações prestadas pelo segurado.

Atualmente, com o advento do Novo Código Civil, também deve ser observada, na execução dos contratos, a boa-fé, que implica em confiança criada.

Todavia, a boa-fé, que constitui inovação do Código de 2002 e acarretou profunda alteração no direito obrigacional clássico, é a objetiva, que se constitui em uma norma jurídica fundada em um princípio geral do direito, segundo o qual todos devem comportar-se de boa-fé em suas relações recíprocas. Classifica-se, assim, como regra de conduta. Incluída no direito positivo de grande parte dos países ocidentais, deixa de ser princípio geral de direito para transformar-se em cláusula geral de boa-fé objetiva. É, portanto, fonte de direito e de obrigações.

Nesse espeque, destaca-se das lições de Carlos Roberto Gonçalves:

> "A boa-fé é tanto forma de conduta (subjetiva ou psicológica) como norma de comportamento (objetiva). Nesta última acepção, está fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e na consideração para com os interesses do outro contratante, especialmente no sentido de não lhe sonegar informações relevantes a respeito do objeto e conteúdo do negócio." (Carlos Roberto Gonçalves, Direito Civil Brasileiro, 3ª ed., São Paulo:Saraiva, 2007, p. 34/36).

A ré, por sua vez, não fez prova alguma de que houve intenção certa de agravamento do risco pelo segurado.

Demais disso, mesmo que se conclua que o segurado deu cabo a sua própria vida, tal ato pode ser interpretado como suicídio não premeditado, já que a causa do acidente, mesmo que mediata, foi provocada pelo próprio segurado sem dúvida alguma.

Nesse caso, a questão se tornou pacífica com a edição das Súmulas 105 do STF e 61 do STJ, não sendo o caso de impedir o pagamento da indenização securitária aos beneficiários.

> "Súmula 105: Salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro.'"
>
> "Súmula 61: O seguro de vida cobre o suicídio não premeditado.'"

Ainda, no intento de corroborar com o tema, colaciono os seguintes arestos do colendo STJ:

> **"RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - SEGURO DE VIDA - MORTE DO SEGURADO - SUICÍDIO - NEGATIVA DE PAGAMENTO DO SEGURO AO BENEFICIÁRIO - BOA-FÉ DO SEGURADO - PRESUNÇÃO - EXEGESE DO ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - INTERPRETAÇÃO LITERAL**

> **- VEDAÇÃO - INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ, NA ESPÉCIE - A PREMEDITAÇÃO NA CONTRATAÇÃO DIFERE-SE DA PREPARAÇÃO PARA O ATO SUICIDA - APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 105/STF E 61/STF NA VIGÊNCIA DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 - RECURSO PROVIDO.**
> **I - O seguro é a cobertura de evento futuro e incerto que poderá gerar o dever de indenizar por parte do segurador.**
> **II - A boa-fé - que é presumida - constitui elemento intrínseco do seguro, e é caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado.**
> **III - O artigo 798 do Código Civil de 2002, não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para afastar o direito à indenização securitária.**
> IV - O legislador procurou evitar fraudes contra as seguradoras na hipótese de contratação de seguro de vida por pessoas que já tinham a idéia de suicídio quando firmaram o instrumento contratual.
> **V - Todavia, a interpretação literal ao disposto no art. 798 do Código Civil de 2002, representa exegese estanque, que não considera a realidade do caso com os preceitos de ordem pública estabelecidos pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável obrigatoriamente aqui, em que se está diante de uma relação de consumo.**
> **VI - Uma coisa é a contratação causada pela premeditação ao suicídio, que pode excluir a indenização. Outra, diferente, é a premeditação para o próprio ato suicida.**
> VII - É possível a interpretação entre os enunciados das Súmulas 105 do STF e 61 desta Corte Superior na vigência do Código Civil de 2002.
> **VIII - *In casu*, ainda que a segurada tenha cometido o suicídio nos primeiros dois anos após a contratação, não há que se falar em excludente de cobertura, uma vez que não restou demonstrada a premeditação do próprio ato suicida.** IX - Recurso especial provido. (REsp 1077342/MG, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 03/09/2010)

E mais:

> "SEGURO. SUICÍDIO. ACIDENTE.
> **O suicídio não-premeditado equipara-se ao acidente, tendo a segurada o direito de receber a indenização correspondente à morte acidental.**
> Precedentes.
> Recurso conhecido em parte e provido.' (STJ, REsp nº 304.286/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 12.3.2002, DJ 6.5.2002, p. 295, RSDCPC 18/61). (grifei)

Desta feita, em caso de suicídio existe a presunção de desequilíbrio mental do segurado, o que torna involuntário o ato por si praticado. Senão, vejamos:

> "(...) O suicídio presume-se sempre como ato de inconsciência, cabendo a

> quem tiver interesse provar o contrário, de modo a destruir tal presunção. Vale dizer: ao segurador compete fazer a prova de que o segurado suicidou-se premeditadamente, com a consciência de seu ato" (Carvalho dos Santos, Código Civil Brasileiro Interpretado, XIX, São Paulo: Freitas Bastos, 1947, p. 287).
>
> "Nem todo suicídio é voluntário ou consciente. Pode originar-se de um estado mórbido do segurado, em que sua decisão de auto eliminar-se perde as características de um ato premeditado para configurar-se num caso fortuito ou de força maior. Ora, quando isto acontece, será vinculada a responsabilidade do segurador, pois o risco se apresenta com as suas peculiaridades de fato aleatório. Diz-se, então, que o suicídio involuntário, inconsciente ou não premeditado, está coberto normalmente pelo contrato de seguro de vida. A morte do segurado resulta de uma fatalidade; o indivíduo não a quis, obedeceu a forças irresistíveis, como acentua Clóvis Beviláqua" (Pedro Alvim, O contrato de seguro, Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 236).

No caso em liça, conforme consta na declaração de óbito de fl. 13, que o segurado padecia de depressão grave, restando comprovado o desequilíbrio pelo qual estava passando.

Quanto às alegações insurgentes de necessidade/obrigatoriedade de instauração de procedimento administrativo para o pagamento do prêmio, antecipo que a razão não lhe socorre, porquanto os beneficiários do mencionado seguro não estão obrigados a pleitear administrativamente o seu adimplemento, não constituindo, portanto, óbice para o ajuizamento da ação de cobrança. O titular do direito poderá pleitear diretamente junto ao Poder Judiciário a proteção de que se sinta merecedor, conforme dicção do art. 5º, inciso XXXV, da CRFB, que garante a inafastabilidade do controle jurisdicional e o sistema de jurisdição una no ordenamento brasileiro. A esse respeito trago a lume as ensinanças de Alexandre Freitas Câmara, *in* Lições de Direito Processual Civil, 15ª edição, editora Lumen Juris, 2006, V, que transcrevo no que é essencial:

> "[...] Passemos agora à analise do princípio consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição. Segundo esse dispositivo, "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão".
> Trata-se do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, segundo o qual, como a própria denominação indica, fica assegurado a todo aquele que se sentir lesado ou ameaçado em seus direitos o acesso aos órgãos judiciais, não podendo a lei vedar esse acesso."

Ademais, parece-me razoável deduzir que o pagamento, ou a instauração de procedimento administrativo, no mínimo, não foram facilitados, restando indiscutível a necessidade dos autores exercerem o direito subjetivo de buscar a tutela jurisdicional para a garantia do pagamento da indenização securitária que entendem devida, uma vez

que a própria Seguradora, tanto na contestação de fls. 51 *usque* 70, como em suas razões de apelo de fls. 96 *usque* 113, sustenta a necessidade/obrigatoriedade de instauração deste procedimento, como *conditio sine qua non* para a concessão do prêmio, a justificar sua resistência à pretensão.

> **"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. MORTE DO SEGURADO. INTERESSE DE AGIR CONFIGURADO. INEXIGIBILIDADE DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO ANTERIOR.** SUICÍDIO NÃO PREMEDITADO. COBERTURA. SENTENÇA CONFIRMADA.
> **1. A solicitação para a instauração do procedimento administrativo anterior e o fato de não ter havido negativa formal do Apelante quanto ao pagamento da apólice, não constitui óbice para o ajuizamento da ação.**
> 2. A jurisprudência pacífica do STJ firmou-se no sentido de que o suicídio não premeditado encontra-se abrangido pelo conceito de acidente pessoal. A Seguradora somente poderá exonerar-se do dever de indenizar se comprovar a premeditação do ato, mesmo que esse sinistro tenha ocorrido no interstício de 2 (dois) anos da assinatura do contrato.
> 3. Entretanto, a Empresa não demonstrou êxito em provar possível premeditação na contratação, fato esse sequer alegado em sua defesa. 4. Apelo conhecido e improvido." (AP 6113-24.2007.8.06.0117/1, Rel. Des. Rômulo Moreira de Deus, 3ª Câmara Civil, TJCE, data de registro 26/01/2011) (grifei)

Mediante tais considerações, conheço do recurso e manifesto o meu voto no sentido de negar provimento à apelação, mantendo incólume o *decisum* inimistado.

Fortaleza, 13 de março de 2012.

PROCESSO Nº 166-83.2003.8.06.0131-1 (SPROC 2003.0007.9934-9/1)
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: LUIS OLIVEIRA BESSA
APELANTE: MARTA MARIA ALVES BESSA
APELADO: IMOBILIÁRIA HENRIQUE JORGE PINHO S A
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. POSTERIOR LAVRATURA DA ESCRITURA PÚBLICA RESPECTIVA. CLÁUSULAS DO CONTRATO PRELIMINAR INCOMPATÍVEIS COM O CONTRATO DEFINITIVO. REVOGAÇÃO TÁCITA. CLÁUSULA PENAL TACITAMENTE REVOGADA. AUSÊNCIA DE REQUISITO DA EXIGIBILIDADE DA OBRIGAÇÃO. EXECUÇÃO EXTINTA.

I – O objeto do contrato preliminar de promessa de compra e venda é a obrigação de concluir o contrato principal.

II – As disposições do contrato preliminar que se revelam incompatíveis com as cláusulas do contrato principal restam por este implicitamente revogadas.

III – É INEXIGÍVEL A CLÁUSULA PENAL DO CONTRATO PRELIMINAR REVOGADA TACITAMENTE PELO CONTRATO DEFINITIVO.

IV – Apelação provida. Extinção da Execução.

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 provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por LUIS OLIVEIRA BESSA e MARTA MARIA ALVES BESSA, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da Comarca de Mulungu, nos autos dos Embargos à Execução nº 166-83.2003.8.06.0131-1/0, que julgou improcedente o pedido de extinção da Execução nº

309-72.2003.8.06.0131/0 proposta por IMOBILIÁRIA HENRIQUE JORGE PINHO S A,.

Na petição inicial dos embargos à execução os apelantes afirmam que a pactuação inicial, nos termos em que formalizada no contrato particular de promessa de compra e venda que aparelha a execução embargada, foi objeto de novação, na qual as partes decidiram lavrar a escritura pública de compra e venda do imóvel negociado antes do término do prazo inicialmente previsto para a quitação do preço, mediante a emissão e entrega aos recorrentes de cheques emitidos pela embargada, nas quantias e datas correspondentes ao parcelamento originalmente acordado. Acrescentam, na sequência, que, *"a partir do momento em que a exequente se imitiu na posse e recebeu a transferência da propriedade do bem, ocorrido há mais de 03 anos, assumiu todas as responsabilidades a ele inerentes, sendo portanto descabida a intervenção dos executados, ora embargantes, para buscar uso e gozo dos direitos de propriedade"*. Por fim, postulam a extinção da execução. (fls 02/07)

Na impugnação aos embargos, a apelada afirma que os recorrentes, ao não aceitarem a redução proporcional do preço, após a constatação de que a área do imóvel era inferior àquela constante do contrato, e ao não desocuparem o imóvel dos moradores a que se obrigaram, descumpriram as cláusulas 3.1 e 5.2 do contrato, a ensejar a cobrança da pena convencional pactuada na cláusula 4.1. (fls 16/23)

A sentença julgou procedente o pedido inicial. (fls 330/340 e 352/354)

Todavia, a decisão de primeira instância foi oportunamente impugnada.

Nas razões recursais, os apelantes aduzem que se obrigaram a entregar aos recorridos o imóvel desocupado pelos moradores José Alves Cabral e Luiz Gonzaga Cabral e respectivas famílias, mas ficaram impossibilitados da adimplir tal prestação "*por obra e graça da própria imobiliária, ora apelada, na medida em que imitiu-se na posse do imóvel bem antes de cumprir a sua parte no contrato*", a demonstrar que "*os vendedores, ora apelantes, cumpriram a obrigação principal, transferindo de fato e de direito à compradora, ora apelada, a posse e a propriedade do imóvel*". Assinalam, na sequência, que, na hipótese de ser reconhecido o inadimplemento afirmado na petição inicial da execução, a multa contratual deve ser reduzida proporcionalmente, na forma do art. 924, do Código Civil de 1916, por restar caracterizado o cumprimento parcial da obrigação. Postulam, por fim, o provimento da apelação. (fls 343/366)

A apelada apresentou resposta, no prazo do art. 508, do CPC.

É o breve relatório.

Revistos e incluídos os autos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Preambularmente, insta salientar que o contrato preliminar de promessa de compra e venda que aparelha a execução embargada foi concluído no dia 19 de

abril de 2000, no qual as partes se obrigaram a formalizar o contrato definitivo, com a outorga da escritura pública e compra e venda do imóvel objeto de matrícula nº 483, do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Mulungu, na data do pagamento da última parcela do preço pactuado, no valor de R$ 27.500,00, com vencimento em 20 de agosto de 2000, mesma dia em que os apelantes deveriam desocupar o imóvel de todos os moradores lá existentes, com exceção do Sr. SEBASTIÃO DA SOCORRO e do Sr. FRANCISCO DA SILVA.

Sucede que, antes da data inicialmente pactuada para a celebração do contrato definitivo, foi lavrada no 1º Ofício da Comarca de Mulungu, no dia 19 de maio de 2000, a Escritura Pública de Compra e Venda do imóvel prometido a venda, consoante certidão cartorária expedida em 05 de setembro de 2000. É oportuno acrescentar que referida escritura pública foi objeto de registro junto à matrícula nº 483, no mesmo dia em que lavrada, sob número R-4-483, às fls 189, do Livro 2-B. (fls 09)

É certo, pois, que a apelada adquiriu a propriedade do imóvel que é objeto da controvérsia posta a exame nos autos, no dia 19 de abril de 2000, na forma do art. 530, inciso I, de Código Civil de 1916. É exato, também, que a recorrida foi imitida na respectiva posse logo que adquirido o domínio, posto que, ao impugnar os embargos à execução, não negou a afirmação dos embargantes de que a posse lhes fora transferida há mais de três anos, na ocasião em que transmitido o domínio. (fls 05)

Consoante a doutrina, o objeto do contrato preliminar é restrito à obrigação de concluir o contrato principal, *verbis:*

> **É viável**, portanto, **que as partes acordem na venda de certa coisa, por certo preço, sem que realizem de logo o contrato definitivo, limitando-se a promover, reciprocamente a sua futura outorga.** Assim, entabulam um contrato preliminar, que constitui uma convenção de prestação de fato, pois ficam vinculados à obrigação de prestar um fato, qual seja, a realização do contrato definitivo. Isto não é indiferente, pois os dois contratos têm fisionomias distintas e diversos efeitos jurídicos. **O contrato preliminar não produz os efeitos do contrato definitivo; apenas adstringe a celebrá-lo.** Ilustrativamente para venda de coisa certa e determinada, transfere-se a propriedade, ao passo que a promessa de venda não tem esta consequência.
> …
> A distinção entre os dois modelos contratuais é facilitada pela identificação do objeto: enquanto, **no contrato principal, o objeto consiste na obrigação de dar, fazer ou não fazer, no contrato preliminar, se traduz na obrigação de concluir o contrato principal, ou seja, uma obrigação de fazer em momento futuro.**
> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, Curso de Direito Civil, Editora Juspodivm, 2ª. ed., p. 115
>
> **Quando duas pessoas querem celebrar um contrato**, normalmente … debatem os seus interesses em negociações preliminares; uma delas formula a proposta; a outra declara a sua aceitação. **Não é**, porém, **fora dos quadros habituais que ambas acordem sobre o objeto, fixem condições,**

> **e ajustem a celebração de um contrato que é, no entanto, transferido para um momento futuro,** seja em razão da possibilidade momentânea de sua conclusão, sejam porque surjam dificuldades no preenchimento de requisitos formais, seja pela demora na obtenção de financiamento, seja simplesmente por motivos particulares de conveniência. **Em tais casos, firmam um contrato, tendo em vista a celebração de outro contrato: realizam um negócio, ajustando contrato que não é o principal, porém, meramente preparatório:** não é a compra e venda ou o mútuo, mas a realização futura de um outro contrato, o principal, que, este sim, será a compra e venda, ou o mútuo, ou outra espécie contratual. …
> **Diferencia-se o contrato preliminar do principal pelo objeto, que no preliminar é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto o do definitivo é uma prestação substancial. ...**
> **Como todo contrato preliminar, a promessa de compra e venda gera uma obrigação da fazer, que se executa mediante a outorga do contrato definitivo.** A prestação a que as partes estão obrigadas é o fato da realização da compra e venda.
> Instituições de Direito Civil, Caio Mário da Silva Pereira, Forense, 10ª ed., p. 47/48 e 60

In casu, a questão que está a exigir acertamento judicial consiste em definir as consequências jurídicas da outorga antecipada da escritura pública de compra e venda e do registro respectivo, ambos ocorridos em 19 de abril de 2000, sobre a cláusula penal do contrato preliminar que previa o pagamento de multa no valor de 50% (cinquenta por cento) do preço do total do imóvel, em caso de infração de cláusula contratual, aí incluída a obrigação de os apelantes desocuparem o imóvel negociado de todos os moradores, à exceção do do Sr. SEBASTIÃO DA SOCORRO e do Sr. FRANCISCO DA SILVA, no dia 20 de agosto de 2000, data do pagamento da última parcela do preço. Essa a cláusula que a recorrida afirma haver sido violada pelos recorrentes, como fundamento do pedido de sua condenação ao pagamento da pena convencional.

Presente tal ordem de ideias, penso que a outorga da escritura pública de compra e venda e a imissão do recorrido na posse, antes da data inicialmente prevista no contrato preliminar, é incompatível com a subsistência da cláusula que ali obrigava os apelantes a desocuparem o imóvel dos moradores lá existentes apenas no dia 20 de agosto de 2000.

A partir de 19 de maio de 2000, data em que a escritura pública de compra e venda foi lavrada e de logo registrada na matrícula nº 483, do Cartório do Registro de Imóveis da Comarca de Mulungu, a propriedade plena do imóvel e todos os direitos a ela inerentes passaram a ser integralmente titularizados pelo apelado. Daí ser correto afirmar que, doravante, a desocupação do imóvel pelos apelantes, quanto aos moradores lá existentes, ao tempo da formalização do contrato preliminar, traduziria autêntico ato de turbação da posse, vedada pelos arts. 499 e 524, do Código Civil de 1916, então vigente, *verbis:*

> Art. 499. O possuidor tem direito a ser mantido na posse, em caso de turbação, e restituído, no de esbulho.
>
> Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

A rigor, a pretensão executiva mostra-se inexequível e inexigível, considerando que, empós a lavratura e registro da escritura do imóvel negociado, os vendedores/apelantes não mais detinham legitimidade para defesa da posse, a teor do disposto nos arts. 3º e 6º, da Lei Adjetiva Civil.

Ademais, a pretensão da recorrida, ao propor a execução embargada, é incompatível com suas condutas anteriores de formalizar a escritura pública, levá-la a registro e imitir-se na posse.

Falta, pois, relativamente à afirmada violação da cláusula de desocupação do imóvel pelos apelantes, tal como prevista no contrato preliminar de promessa de compra e venda que aparelha a execução, o requisito da exigibilidade da cláusula penal, imprescindível para acesso à tutela judicial executiva, por expressa dicção do art. 580, do Código de Processo Civil, *verbis:*

> **Art. 580. A execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo.**

Forte em tais razões, conheço da apelação, para dar-lhe provimento, decretando a extinção da execução embargada.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 168-68.2000.8.06.0160/1
COMARCA: SANTA QUITÉRIA – 1ª VARA
REMETENTE: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE SANTA QUITÉRIA.
APELANTE: MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA - CE.
APELADOS: ESTEFANIA RIBEIRO DE MORAIS, LUCIA DE FÁTIMA RIBEIRO FARIAS, MARIA GOMES FARIAS CARVALHO, ELÇA MAGALHAES MUNIZ e FRANCISCO JOSÉ DA SILVA.
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO E REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA – PROCEDENTE. ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO – ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA.

I - Preliminares de julgamento *extra*/*ultra-petita* e de nulidade de sentença por cerceamento de defesa, suscitadas pelo apelante, rejeitadas. Preliminares de prevenção e de falta de interesse processual do apelante, arguidas pelos apelados, também afastadas.

II - Embora, a Administração Pública tenha o poder-dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, através da autotutela, é necessária a observância do devido processo legal e garantia da ampla defesa.

II – Latente, *in casu*, desrespeito aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88. Inteligência da Súmula nº 20 do Supremo Tribunal Federal.

III – RECURSO APELATÓRIO E REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, unanimidade de votos, para conhecer do recurso apelatório e do reexame necessário, rejeitando as preliminares levantadas e, no mérito, NEGAR-LHES provimento, mantendo a decisão monocrática, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelatório e Reexame Necessário em face de sentença proferida pelo juízo monocrático da 1ª Vara da Comarca de Santa Quitéria, fls. 173/194, nos autos da Ação Ordinária proposta por ESTEFANIA RIBEIRO DE MORAIS e OUTROS contra o MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA - CE.

Culmina o *decisum* em julgar procedente o pedido autoral, declarando nulo o Decreto Municipal nº 010/2001, e por consequência, também nulo o Processo Administrativo nº 001/2001, ficando garantida a reintegração definitiva dos autores/apelados no serviço público. Além disso, restou resguardado o direito dos autores de receberem todas as suas remunerações em atraso, desde a data de suas exonerações (02.03.2001) até o efetivo retorno ao exercício de seus cargos públicos.

Inconformado, o MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA - CE interpôs o presente recurso, fls. 199/228, suscitando preliminares de nulidade de sentença por julgamento *extra/ultra-petita* e por cerceamento de defesa*;* alegou que a Administração Pública tem o poder-dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais e que, tanto o Processo Administrativo nº 001/2001 quanto o Decreto nº 010/2001, respeitaram os princípios da administração pública e da Constituição Federal (ampla defesa e contraditório), e, ainda, que não cabe ao Poder Judiciário analisar as supostas irregularidades do supracitado processo administrativo em virtude do princípio da independência dos poderes. No mais, ratificou os argumentos trazidos na peça contestatória, requerendo a reforma da sentença, para que seja julgada improcedente a presente ação ordinária.

Contrarrazões, fls. 232/237, aduzindo, em sede de preliminar, a distribuição dos autos, para o Gabinete do Des. Arísio Lopes da Costa, em razão da prevenção gerada por este ter decidido causa semelhante, no agravo de instrumento nº 442885-25.2000.8.06.0000/0, bem como a falta de interesse processual do apelante neste recurso. Ao final, pugna pelo improvimento do recurso, com a manutenção da decisão monocrática.

Nesta instância, a Procuradoria-Geral de Justiça, opina pelo conhecimento do recurso apelatório e do reexame necessário, mas para negar-lhes provimento (fls. 248/253).

É o que de importante tenho a relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

PRELIMINAR DE PREVENÇÃO

Suscitam os apelados, em sede de preliminar, a necessidade da distribuição destes autos, para o Gabinete do Des. Arísio Lopes da Costa, em razão da prevenção

gerada por este ter decidido causa semelhante, no agravo de instrumento nº 442885-25.2000.8.06.0000/0.

Referida preliminar não merece acolhida, uma vez que esta 3ª Câmara Cível se tornou competente para julgar o presente recurso apelatório/reexame necessário face à distribuição e, consequente julgamento do agravo de instrumento nº 876-79.2001.8.06.0000/0 (Cautelar – fls. 313/326 e 503/511), sob a Relatoria da Desa. Maria Celeste Thomaz de Aragão, consoante determinação do art. 59, §4º do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Assim, tendo esta Câmara Cível, empós distribuição automática, julgado agravo de instrumento pertinente à decisão interlocutória deste caderno processual, não há motivo para o acolhimento da prevenção suscitada.

Rejeito, pois, a preliminar.

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL

Ainda, preliminarmente, aduzem os apelados a falta de interesse processual do MUNICÍPIO DE SANTA QUITÉRIA – CE em recorrer da decisão monocrática proferida pelo juízo da 1ª Vara da Comarca de Santa Quitéria, em razão de o apelante ter nomeado nova comissão para apuração de irregularidades do concurso *sub examine,* levantando-se uma espécie de "reconhecimento tácito" da nulidade do primeiro processo administrativo, examinado no caso em tela.

Apresenta-se totalmente descabida a pretensão dos apelados, uma vez que o apelo foi devidamente recebido pelo juízo *a quo*, no momento do exame de admissibilidade, conforme decisão interlocutória de fl. 230, não tendo, inclusive, sido interposto nenhum recurso pelas partes.

Ademais, o procedimento administrativo adotado pós-sentença, não significa haja o ente público se conformado com o julgado, considerando, ainda, que o resultado daquele pode não contemplar o direito perseguido neste processo.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Assim, estando presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos, conheço do presente apelo/reexame necessário e passo a analisá-los.

PRELININAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA

Com relação à alegação de cerceamento de defesa trazida em razões de apelação, também esta **preliminar não merece acolhimento.**

O magistrado de primeiro grau julgou a demanda, entendendo ser desnecessária a realização de audiência para oitiva de testemunhas e coleta de provas, já que a matéria discutida é preponderantemente de direito, de sorte que se impunha o julgamento antecipado do processo, como estabelece o art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil.

Diante das considerações apresentadas pelos litigantes e da prova documental apresentada, a produção de outras provas não se mostrava necessária.

Ademais, o juiz é o destinatário das provas, cabendo a ele aferir sobre a necessidade ou não de sua produção, a teor do que estabelece o art. 130, da legislação processual civil. Sendo assim, não procede a alegação de cerceamento de defesa suscitada pela parte apelante.

Nesse sentido, vejam-se os seguintes arestos desta Corte de Justiça:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESPEJO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AFASTAMENTO. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA. NECESSÁRIA A EXISTÊNCIA CONCOMITANTE DOS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 273 DO CPC. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. **1. Quanto à alegação de cerceamento de defesa, é cediço que o destinário da prova é o Juiz, cabendo somente a este, na direção do processo, aferir sobre a necessidade e conveniência da realização de determinadas provas, indispensáveis à formação de seu livre convencimento, devendo indeferir as diligências que se mostrarem inúteis ou meramente protelatórias, não podendo o só indeferimento de prova testemunhal traduzir cerceamento de defesa.** 2. Quanto à concessão de tutela antecipada nas ações de despejo, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem-se manifestado pela possibilidade da medida, ainda quando a situação descrita não esteja enquadrada nas hipóteses a que alude a legislação específica, desde que se façam presentes os requisitos do artigo 273 da Lei Adjetiva Civil, quais sejam: a verossimilhança de suas alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, e de não haver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado. 3. *In casu*, não se vislumbra de forma latente o requisito do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação autorizador de tal medida. 4. Assim sendo, considerando-se que somente em casos excepcionalíssimos se admite a concessão da tutela prevista no art. 273 do Código de Processo Civil e, desde que demonstrados cabalmente todos os seus requisitos (genéricos e específicos), é de ser dado provimento ao presente agravo de instrumento. 5. Agravo conhecido e provido." (Agravo de Instrumento nº 24482-58.2009.8.06.0000/0, Rela. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, 2ª Câmara Cível, julgado em 30/09/2011).

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. DOCUMENTO PARTICULAR DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL (ART. 585, II, CPC). CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREJUÍZO (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). CLÁUSULA PENAL. EXCESSIVIDADE. CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. REDUÇÃO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Documento particular em que constam as assinaturas do devedor e de duas testemunhas constitui título hábil a instruir o processo de execução (título executivo extrajudicial - art. 585, II, CPC), não havendo ser perquiridos fatores relativos à origem da dívida. 2**. Não há falar em cerceamento**

> **de defesa quando não restar demonstrado qualquer prejuízo (pas de nullité sans grief). *In casu*, não lograram os apelantes explicitar em que a oitiva das testemunhas arroladas mostrava-se relevante ao deslinde da causa, a qual cinge-se a questão de direito e de fato, sem necessidade de produção de prova em audiência, nos termos do art. 330, I, do CPC.** 3. Não se verifica excesso de execução, porquanto os apelantes deixaram de esclarecer quais parcelas não deveriam haver sido incluídas no cálculo. 4. Razão assiste aos recorrentes quanto à alegação relativa à abusividade da cláusula penal e à redução proporcional desta, uma vez que aplicável ao caso o art. 413 do Código Civil. 5. Apelação conhecida e parcialmente provida." (Apelação Cível nº 634317-33.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, 1ª Câmara Cível, julgada em 30/08/2011).

Rejeito, pois, a preliminar**.**

PRELIMINAR DE JULGAMENTO *EXTRA/ULTRA PETITA*

Por fim, antes da análise meritória, faz-se necessário o enfrentamento da última preliminar, também suscitada pelo Município de Santa Quitéria, sobre suposto julgamento *extra/ultra-petita* no juízo *a quo*.

Alega o apelante que, *in casu*, houve julgamento *extra/ultra-petita* em virtude de os autores/apelados, mesmo não tendo, em sua petição inicial, indicado especificamente o pedido de nulidade do Processo Administrativo 001/2001, tiveram provimento jurisdicional no sentido de declarar nulo tanto o supracitado processo administrativo como o Decreto nº 010/2001, e, pelo fato de ter a sentença condenado o ente municipal, sem requerimento dos autores, no pagamento de todas as remunerações em atraso, desde a data das respectivas exonerações (02.03.2001) até o efetivo retorno ao exercício de seus cargos públicos.

Referida preliminar não merece acolhida**,** uma vez que, conforme corretamente consignado na decisão monocrática, tanto através da análise sistemática das duas lides conexas (cautelar e ordinária) como dos próprios pedidos elencados pelos autores/apelantes na exordial, percebe-se, visivelmente, que os autores perseguem a declaração de nulidade de todos os atos que se opõem às suas reintegrações.

Por isso, não deve prosperar a alegação da municipalidade acerca do julgamento *extra-petita*, tendo restado claro que, se devidamente requerido (pelos autores) e anulado (pelo juiz de primeira instância) o Decreto nº 010/2001, que ensejou na anulação do certame público *sub examine,* evidente é a consequente anulação do Processo Administrativo 001/2001 face à estreita correlação entre os mesmos.

Por último, também não deve prosperar o argumento levantado pelo apelante sobre o julgamento *ultra-petita* em virtude de os autores/apelados não terem requerido o pagamento das remunerações em atraso, sendo absolutamente lógico, com a procedência da Ação Cautelar e da Ordinária, o recebimento pelos autores/apelantes das remunerações desde a data das respectivas exonerações (02.03.2001) até o efetivo

retorno ao exercício de seus cargos públicos. Além disso, através da análise dos pedidos elencados nas exordiais (Cautelar – fl.17 e Ordinária – fl.16), indubitável torna-se a discussão sobre o recebimento dos salários, haja vista terem os autores expressamente requerido.

Rejeito, pois, a preliminar.

MÉRITO

O cerne da questão, *sub examine*, gravita em torno do princípio administrativo da autotutela e da consequente anulabilidade dos atos administrativos considerados ilegais, *versus* o direito dos apelados de verem observados, para sua exoneração, os princípios da ampla defesa e do contraditório, mesmo que no âmbito administrativo.

Inicialmente, deve-se consignar que tanto a Ação Ordinária quanto a Ação Cautelar, em suas respectivas exordiais, não discutem os motivos da anulação do certame público realizado em agosto de 1997, mas apenas a forma como tal anulação, materializada via decreto municipal em março de 2001, se efetivou, com latente afronta aos dispositivos legais pertinentes, não possibilitando aos apelados o sagrado exercício de suas defesas.

Com efeito, os argumentos do apelante referentes ao direito do exercício da administração Pública do poder-dever de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais, e por conseguinte, proceder as respectivas exonerações, não devem ser considerados, isso, porque, mesmo reconhecendo o exercício do poder de autotutela por parte da administração Pública, este não é o cerne desta contenda, que trata da vinculação deste poder aos princípios da ampla defesa e do contraditório, conforme previsto no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal/88.

Nesta senda, compulsando o caderno processual, percebe-se, claramente, a existência de diversas irregularidades cometidas pela municipalidade pertinentes à anulação do certame público em desrespeito ao *due process of law.*

Dentre elas, destacam-se: a citação (via editalícia – utilizada excepcionalmente) em detrimento da citação pessoal (via postal com AR – usada como regra); citação extemporânea, tendo em vista o edital de citação (ordinária - fls. 70/71 e cautelar - fls. 114/115) ter sido publicado, no jornal "Diário do Nordeste", no mesmo dia em que foi iniciada a instrução do processo administrativo, qual seja o dia 02.02.2011; oitiva da testemunha Adauto Soares Pontes (representante da empresa realizadora do concurso) no mesmo dia 02.02.2011, razão pela qual, os apelados/"indiciados" não puderam estar presentes à realização do referido ato; omissão por parte da Comissão Processante quanto ao pedido de nova oitiva da testemunha supracitada, fls. 74/76 desta Ação Ordinária, reiterado à fl. 118 da Ação Cautelar, fulminando, mais uma vez, o direito dos servidores/apelados ao contraditório; por último, a nomeação da defensora dativa Rita Lopes Muniz, cuja qualificação nunca foi esclarecida, sem ao menos ter-se o

conhecimento se trata de advogada ou não, para proceder a defesa dos "indiciados" sem advogado constituídos, no âmbito do processo administrativo, tendo esta apresentado defesa de apenas duas laudas no dia 28.02.2011 (ordinária – fls. 84/85 e cautelar - fls. 277/278), e, 48 horas depois haver sido publicado o Decreto nº 010/2001 (cautelar - fl. 113), declarando nulo todos os atos administrativos relativos ao concurso público *sub examine*.

Assim, restou claro o desrespeito às garantias constitucionais já citadas neste *decisum*. É pacífico o entendimento jurisprudencial no sentido de que, mesmo no âmbito administrativo, devem ser resguardados os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, previstos no art. 5º, inciso LV. Vejam-se os arestos do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE DEZ ANOS. **ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE.** SÚMULA VINCULANTE 3/STF. SEGURANÇA PARCIALMENTE CONCEDIDA.
>
> 1. Mandado de Segurança impetrado contra ato que, catorze anos após a nomeação e posse da parte impetrante no cargo de auditor-fiscal do Trabalho e quatro anos depois do trânsito em julgado de decisão que denegou a ordem em Mandado de Segurança em que se deferiu liminar para participação na segunda etapa do concurso público, tornou sem efeito sua nomeação sem que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.
>
> 2. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, **mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal**, 2º da Lei 9.784/99 e 35, II, da Lei 8.935/94. Fica ressalvada a posição pessoal do relator no que concerne ao caso e à tese, nos termos do voto-vista proferido no MS 15470/DF (Primeira Seção, Relator Originário Ministro Luiz Fux, Relator para acórdão Ministro Arnaldo Esteves, Dje 24.5.2011).
>
> 3. Segurança parcialmente concedida para anular o ato impugnado, restaurando-se o status quo ante. (MS 15.475/DF, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/06/2011, DJe 30/08/2011)

> RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. **SERVIDOR PÚBLICO. EXONERAÇÃO EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO POR ATO UNILATERAL DE PREFEITO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**
>
> 1. Nos casos em que a invalidação do ato administrativo repercuta no campo de interesses individuais de servidores, **firmou-se tese neste**

> **Sodalício segundo a qual é necessária prévia instauração de processo administrativo que assegure o exercício da ampla defesa e do contraditório.**
> 2. A exoneração de servidor público em estágio probatório por ato unilateral do Prefeito, com base no seu poder de autotutela e em virtude da anulação de concurso público também por ato daquela autoridade, depende da prévia instauração de processo administrativo, sob pena de nulidade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.
> 3. Recurso ordinário provido. (RMS 24.091/AM, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2011, DJe 28/03/2011)

> ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. **EXONERAÇÃO DE SERVIDORES MUNICIPAIS. AUSÊNCIA DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ANTERIOR À ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO CUJOS CANDIDATOS FORAM NOMEADOS E EMPOSSADOS.** SENTENÇA MANTIDA.
> Sentença prolatada em primeira instância determinou a reintegração de servidores municipais aos devidos cargos, por entender que a exoneração foi ato arbitrário e ilegal.
> 2. O Município de Quiterianópolis alega que decretou a anulação do concurso público em razão de sua realização ter ocorrido em detrimento das exigências constitucionais.
> 3. Comprovada a existência de investidura ilegal, pode o administrador público anular o certame, **no entanto, a jurisprudência pátria exige procedimento administrativo anterior à anulação do ato, respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório**, tendo em vista a possibilidade de diminuição patrimonial do candidato nomeado e empossado.
> RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (Apelação/Reexame Necessário 46729720.2000.8.06.0000/0, Rel. Des. WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO, 3ª Câmara Cível, julgado 23/09/2011)

Segundo escólios do mestre doutrinador Hely Lopes Meireles:

> "A anulação do concurso com a exoneração do nomeado após a posse, **só pode ser feita com a observância do devido processo legal e a garantia de ampla defesa.**" (Direito Administrativo Brasileiro; 20ª ed., p. 377)

A questão acima levantada, encontra ressonância na redação da Súmula nº 20 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis:*

> Súmula n°20: É necessário **processo administrativo com ampla defesa**, para demissão de funcionário admitido por concurso.

Por fim, consigne-se que, em nenhum ponto merece reparo a decisão

monocrática vergastada, devendo, inclusive, receber os mais nobres elogios por parte desta Relatoria, haja vista estar em estrita consonância com os preceitos normativos, doutrinários e jurisprudenciais pertinentes ao caso em tela.

Diante do exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório e do Reexame Necessário, mas para NEGAR-LHES provimento, mantendo a sentença integralmente.

É como voto.

Fortaleza, 28 de novembro de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1899-89.2003.8.06.0000/0
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: M. B. DA S.
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. MINISTÉRIO PÚBLICO. FISCAL DA LEI. LEGITIMIDADE RECURSAL INTELIGÊNCIA DO ART. 499, § 2º, CPC. SÚMULA 99/STJ. MÉRITO. DIREITO FUNDAMENTAL AO RECONHECIMENTO AO ESTADO DE FILIAÇÃO. ART. 27, ECA. DEVER DA FAMÍLIA. AUSÊNCIA DE INTERESSE NO PROSSEGUIMENTO DO FEITO POR PARTE DA REPRESENTANTE DOS MENORES. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL (ART. 142, PARÁGRAFO ÚNICO, ECA). DECURSO DO TEMPO. INTIMAÇÃO DAS PARTES INTERESSADAS. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E TOTALMENTE PROVIDO.

1. O cerne da presente querela está direcionado para se perquirir a possibilidade de legitimação do Ministério Público para interpor recurso de apelação, bem como se, em sede de reconhecimento do estado de filiação, o eventual desinteresse da parte autora pudesse ocasionar a extinção do feito, sem antes haver a nomeação de curador especial, com base no art. 142, parágrafo único, ECA.
2. É inequívoca a legitimidade recursal por parte do Ministério Público para interposição de recurso de apelação, mesmo quando a sua atuação for unicamente de fiscal da lei, de acordo com o art. 499, § 2º, CPC c/c súmula 99 do STJ.
3. Quanto ao mérito, há, inequivocamente, um direito fundamental ao reconhecimento do estado de filiação, por isso que, em caso de colisão entre os interesses dos menores e de sua representante, deverá haver nomeação de curador especial, com base no art. 142, parágrafo único, ECA.
4. Entretanto, em virtude do decurso do tempo, hodiernamente, os representados já são maiores, por isso, por se tratar de direito personalíssimo, estes, agora, deverão dar seguimento a presente a ação, caso queiram.
5. Conheço o presente recurso e dou-lhe total provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ao reformar a sentença de fl. 176 e determinar a intimação das partes, a fim de que seja dado o devido prosseguimento ao feito na instância

a quo.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer a apelação interposta e dar-lhe total provimento.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Apelação Cível, interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO (fls. 178/181), com o intuito de reformar a sentença de fl. 176, que extinguiu o presente feito sem resolução de mérito, tendo em vista que a autora da ação a abandonou por mais de trinta dias, mesmo sendo intimada pessoalmente para dar o devido seguimentos aos fólios (art. 267, III c/c § 1º, CPC).

Inicialmente, foi interposta pela requerente Ação de Investigação de Paternidade c/c Alimentos (fls. 02/05), em que a mãe dos então menores, F. E. D. (certidão de nascimento: fl. 07) e A. D. D. (certidão de nascimento: fl. 08), pleiteia o reconhecimento da paternidade em face do requerido, Sr. M. B. da S..

A contestação repousa a fls. 15/18, em que o apelado informa ser casado ao tempo em que manteve um breve relacionamento amoroso com a ora requerente, por isso os filhos são adulterinos e não se submeterá ao exame pericial, pra fins de comprovação da paternidade.

A audiência de instrução foi realizada a fls. 45/46 e 118/124.

A fls. 132/133, há uma tentativa de homologação de acordo, no entanto, por ser incabível, em sede de investigação de paternidade, a aplicação do princípio da autonomia privada (fl. 136).

Em parecer de fls. 173v, o membro do Ministério Público de 1º Grau requereu a oitiva das testemunhas restantes, bem como, caso a representante dos menores não compareça, que seja nomeada a Defensoria Pública, a fim de dar prosseguimento ao feito.

Na sentença de fl. 176, a douta magistrada extinguiu o feito sem resolução de mérito.

Irresignado com tal *decisum*, o Ministério Público interpôs recurso apelatório de fls. 178/181, no qual pleiteia a reforma da sentença, a fim de que haja o prosseguimento da instrução e, em sendo necessário, que seja nomeado curador especial.

As contrarrazões, a fls. 183/185, impugnam a legitimidade do membro do Ministério Público para interpor recurso de apelação, bem como demonstram ser acertada a sentença prolatada.

A douta Procuradoria Geral de Justiça se manifesta pela reforma da sentença (fls. 193/192).

Eis o breve relato.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço o apelo.

Inicialmente, o cerne da presente querela está direcionado para se perquirir a possibilidade de legitimação do Ministério Público para interpor recurso de apelação, bem como se, em sede de reconhecimento do estado de filiação, o eventual desinteresse da parte autora pudesse ocasionar a extinção do feito, sem antes haver a nomeação de curador especial, com base no art. 142, parágrafo único, ECA.

Primeiramente, com base no **art. 499, CPC**, não existem dúvidas de que o Ministério Público possui legitimidade para interpor recurso, mesmo naquelas situações em que este possui a função unicamente de *custos legis*, *in verbis*:

> **art. 499, § 2º, CPC**. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.

Aliado a isso, a Súmula 99 do STJ reforça que, mesmo não havendo recurso da parte, é possível que esse órgão possa suscitar o Tribunal competente para o reexame de matéria.

Assim, não poderá prosperar, desde já, em virtude dos regramentos processuais trazidos e do entendimento jurisprudencial colacionado, a tese do ora apelado de que o *Parquet*, por ser fiscal da lei, não poderia recorrer.

Após essas considerações, quanto ao mérito, destacamos que o direito ao estado de filiação, por força do art. 27, ECA, é direito personalíssimo; não sendo, pois, possível haver disposição, bem como é imprescritível, consoante a clara redação do dispositivo citado:

> **art. 27, ECA**. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.

Trata-se, inegavelmente, de um direito fundamental do menor, o que se coaduna com o postulado da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, CF, bem como com o dever da família, sobretudo, em reconhecer-lhe à filiação. Nesse contexto de dever e também de imprescritibilidade da ação de investigação, Washington de Barros Monteiro (**Curso de direito civil**. 2. Vol. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 258) esclarece que:

> imprescritível é a ação de reconhecimento da filiação. Enquanto vivo, assiste ao filho o direito de reclamar a investigação. A imprescritibilidade descansa

> na conexão existente entre o interesse do indivíduo e o interesse do Estado. Além disso, **o *status familiae* implica uma coincidência de direitos e deveres, que impede possa alguém liberar-se dos deveres, despojando-se dos direitos. Ademais, trata-se de relação *extra commercium***. (grifos nossos)

Dessa forma, a presente ação de investigação de paternidade não poderia ter sido extinta, como bem asseverou o *Parquet* em suas razões recursais, a despeito do desinteresse da genitora dos menores, por isso ser possível, de acordo com o art. 142, ECA, a nomeação de curador especial quando os interesses do menores colidirem com o dos seus representantes.

Aliado a isso, é interessante observarmos que o mandado de fl. 172, mesmo cumprido, não trouxe a assinatura da representada nem tampouco foi por hora certa como os demais (fls. 149v e 163v), o que sugeriria a mudança de endereço por parte da autora. Tal raciocínio é relevante, tendo em vista que, caso a intimação não tenha se perfectibilizado, a extinção do feito não poderia ter ocorrido.

Então, à época, é clara a colisão entre os interesses dos menores e de seu representante, devido ao fato de esta não ter dado o devido prosseguimento ao feito, o que demandaria a nomeação de curador especial, com base no art. 142, parágrafo único, ECA. Nesse sentido, é a jurisprudência do STJ:

> HABEAS CORPUS. ESTUPRO. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ILEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DO MINISTÉRIO PÚBLICO. NÃO-COMPROVAÇÃO DO ESTADO DE POBREZA DA FAMÍLIA DA VÍTIMA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO DA REPRESENTANTE LEGAL. COLISÃO DE INTERESSES ENTRE A MENOR E A GENITORA. CURADOR ESPECIAL. PRAZO DECADENCIAL. CONTAGEM A PARTIR DA NOMEAÇÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE.
>
> 1. Trata-se de crime de estupro cometido contra menor de quatorze anos de idade. A denúncia foi oferecida pelo *parquet* em razão do disposto no inciso I do § 1º do referido dispositivo legal, que autoriza a ação penal pública, mediante representação da vítima ou de seus representantes legais, nos casos em que estes não tenham condições financeiras de propor a ação penal privada.
>
> 2. Primeiramente, não há como conhecer da alegação de ausência da prova da pobreza da família da ofendida, se o tema não foi objeto de debate e decisão por parte do Tribunal de origem, ante a indevida supressão de instância, que resta evidenciada pela simples leitura do aresto da apelação.
>
> **3. O evidente conflito entre o interesse da menor incapaz e a disposição contrária de seu representante legal implica a nomeação de curador especial, nos termos do art. 33 do Código de Processo Penal e 142, parágrafo único, da Lei nº 8.069/90.**
>
> 4. Nomeado curador pelo juiz, o prazo decadencial tem curso a partir do dia em que tomar ciência da nomeação e não da data dos fatos, como afirmou o impetrante na exordial. De qualquer forma, não há nenhum elemento nos

> autos para aferir quando o curador foi intimado.
> 5. Afirmando as instâncias ordinárias que a representação foi oferecida pelo curador especial, a condição de procedibilidade da ação penal foi suprida, permitindo o prosseguimento da persecução criminal, com fundamento no inciso I do § 1º do art. 225 do Código Penal.
> 6. Dessa forma, a pretensão de trancar a ação penal ao argumento de inexistir conflito de interesses entre a vítima e a sua genitora, bem como por ausência de representação, implicaria, necessariamente, no reexame do conjunto fático-probatório, o que não se coaduna com a via eleita.
> 7. Ordem denegada. (STJ, 6ª Turma, HC 52089 / SP, Rel. Min. OG Fernandes, j. 04/dez/2008) – grifos nossos.

Entretanto, em virtude do decurso do tempo, hodiernamente, os representados, quais sejam, F. E. D. (fl. 07) e A. D. D. (fl. 08) já são maiores, por isso, por se tratar de direito personalíssimo, estes, agora, deverão dar seguimento a presente a ação, caso queiram.

À vista do exposto, conheço o presente recurso e dou-lhe total provimento, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, ao reformar a sentença de fl. 176 e determinar a intimação das partes, a fim de que seja dado o devido prosseguimento ao feito na instância *a quo*.

Fortaleza, 25 de Julho de 2012.

PROCESSO Nº 21869-67.2006.8.06.0001/1 (2006.0025.0698-0/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ANTÔNIO MORAIS DE SIQUEIRA
APELADA: FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL - FAELCE
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PREVIDÊNCIA PRIVADA. SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA EM RAZÃO DA MATÉRIA REJEITADA. APLICAÇÃO DE REDUTOR ETÁRIO FIXADO NO DECRETO Nº 81.240/78. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEI Nº 6.435/77. IMPOSSIBILIDADE. TELEOLOGIA DO ART. 84, IV, DA CF. PRECEDENTES DESTE TRIBUNAL. LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. APLICABILIDADE ÀS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIA PRIVADA (SÚMULA 321/STJ). NULIDADE DA NORMA REGULAMENTAR QUE FIXA LIMITE DE IDADE PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO INTEGRAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

I – É da Justiça Comum Estadual a competência para julgar demanda decorrente de relação de natureza civil, onde não são questionados os direitos trabalhistas, mas sim, as obrigações atinentes à complementação de proventos de aposentadoria, de responsabilidade da entidade de previdência privada.
II – A aplicação de redutor etário fixado no Decreto nº 81.240/78, bem como no regulamento da entidade previdenciária, porém não previsto na Lei nº 6.435/77, configura grave violação ao art. 84, IV, da CF.
III – As normas previstas em Decreto não podem restringir o alcance dos direitos preconizados em Lei Formal, possuindo atribuição apenas de regulamentar e possibilitar a aplicação das garantias e prerrogativas ali consagradas.
IV – SÚMULA 321/STJ: *"O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes."* (STJ, Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 410).
V – A conduta da FAELCE, traduzida na aplicação do redutor etário afim de diminuir os benefícios auferidos pelos participantes do plano, configura manifesta ilegalidade, vez que não previsto na legislação pertinente, além de caracterizar afronta ao disposto no art. 84, IV, da CF. Precedentes deste Sodalício.

VI – Merece reforma a sentença, para que seja realizado o recálculo do benefício previdenciário auferido pelo autor, referente às prestações vencidas e vincendas, à exceção dos valores concernentes ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, atingidos pela prescrição, para que lhe seja restituído a quantia resultante da diferença, acrescido de juros de 1% (um por cento) ao mês e correção monetária, por se tratar de verba de natureza eminentemente alimentar.
VII – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por **ANTÔNIO MORAIS DE SIQUEIRA**, em face da **FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL**, tendo em vista a sentença prolatada pelo Juízo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, fls. 113/115, que declarou a improcedência da ação, tendo em vista que, no seu entendimento, o autor, ao aposentar-se precocemente, tinha pleno conhecimento da diminuição que iria incindir no seu benefício, resultante da aplicação do redutor etário, vez que previsto nas normas regulamentares da instituição.

Alega o autor na inicial, que recebe da demandada, ora apelada, benefício previdenciário, que, em virtude de redução ilegal aplicada no momento da concessão, com aplicação de redutor etário não previsto na Lei nº 6.435/77, e contrariando o art. 6º, do Estatuto da Fundação, causou a redução do valor percebido a título de benefício, bem como reflexos negativos em sua renda atual. Sustenta que, em decorrência de tal procedimento, têm recebido da fundação demandada, valor inferior ao que efetivamente teria direito, sob o color de que não atendeu ao critério "idade mínima" para auferir a complementação integral, requisito estabelecido no regulamento do plano de benefícios, regulamentado pelo Decreto nº 8.240/78. Aduz que a Lei nº 6.435/77, não estabelece exigências que condicionem a concessão do benefício de complementação de aposentadoria integral ao limite de idade, não tendo o mencionado Decreto, portanto, atribuição para restringir os direitos ali consagrados. Ressalta, ainda, que ao tempo de sua filiação à instituição demandada, o regulamento vigente à época não fazia qualquer menção ao redutor etário, sendo a complementação devida ao participante que se

aposentasse pelo extinto INPS. Ao final, pugna pelo recálculo da complementação de aposentadoria, desconsiderando-se o redutor etário, com a consequente condenação da demandada ao pagamento das diferenças apuradas mês a mês, em prestações vencidas e vincendas, à exceção das parcelas fulminadas pela prescrição quinquenal, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento) ao mês.

Na contestação, fls. 56/69, a FAELCE alegou que o autor, em sua exordial, omitiu o fato de ter se aposentado aos 52 (cinquenta e dois) anos de idade, motivo que inviabilizou a concessão da complementação de aposentadoria integral. Afirma que ao pretender receber o benefício previdenciário integral, desconsidera o fato de que outros participantes da fundação contribuíram durante lapso temporal mais prolongado e que somente se aposentaram ao atingir a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos), prevista para a concessão da complementação integral, não sendo justo ou isonômico, conceder tratamento diferenciado aos participantes. Assevera que o autor, ao filiar-se a instituição de previdência privada, recebeu cópia do estatuto e do plano de benefícios, razão pela qual tinha pleno conhecimento das normas existentes. Declara que a aposentadoria do autor não foi compulsória, sendo a ele facultado contribuir o tempo restante para aquisição do direito de obter a integralidade da complementação de aposentadoria, optando, contudo, pela aposentadoria precoce. Ressalta que ao aderir à fundação requerida, o autor subscreveu a ficha de adesão, na forma do art. 21, da Lei nº 6.435/77, cuja redação preceitua que os regulamentos dos planos de benefícios deverão conter dispositivos que indiquem a forma de resgate das contribuições saldadas pelos participantes, assim como a forma de calculá-los. Alega que o regulamento vigente à época da concessão da complementação do autor, previa a possibilidade de aposentar-se aos 55 (cinquenta e cinco) anos, porém, com a aplicação do redutor etário, e o desrespeito a tal dispositivo desembocaria na inviabilidade da própria fundação. Por derradeiro, requer que a ação seja julgada improcedente em todos os seus termos, condenando o autor ao pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa.

Pedidos julgados TOTALMENTE IMPROCEDENTES, fls. 113/115, uma vez que, segundo entendimento do juiz *a quo,* o autor, ao aposentar-se precocemente, tinha pleno conhecimento da diminuição que iria incindir no seu benefício, resultante da aplicação do redutor etário, vez que previsto nas normas regulamentares da instituição.

Irresignado, o autor apelou, fls. 116/130, alegando, inicialmente, que a redução na complementação resultante do não preenchimento do requisito da idade não era previsto no regulamento em vigor à época de aderência ao plano, fato que impossibilita, portanto, sua aplicação, sob pena de violação do contrato firmado entre as partes. Aduz, ainda, que o pacto de previdência privada firmado entre as partes, configura contrato de adesão e sua assinatura não configura anuência a todos os seus termos, vez que não teve possibilidade de discutir as disposições regulamentares, podendo impugnar judicialmente as cláusulas abusivas. Relata, ainda, que contribuiu para o fundo de previdência por período superior a 15 (quinze) anos, lapso temporal

necessário à carência, ou seja, tempo mínimo de contribuição necessário à assegurar os recursos garantidores do pagamento do benefício, estando em conformidade com as disposições pertinentes. Por conseguinte, afirma que a idade, em termos de complementação de aposentadoria por tempo de serviço, não tem relevância alguma, tendo em vista que sua concessão dá-se em função do tempo de serviço efetivamente prestado pelo participante, de modo que aquele que começar a trabalhar precocemente, atingirá a idade necessária para ter direito à complementação integral mais cedo do que aquele que começou a laborar tardiamente. No mais, ratifica os demais termos da inicial, pugnando pela reforma da sentença, para que seja acolhido o pedido de exclusão do redutor etário do cálculo de complementação de aposentadoria, invertendo-se o ônus da sucumbência, requerendo, outrossim, a manifestação do juízo *ad quem* no que concerne a aplicação dos arts. 2º, 5º, 37, *caput* e 84, IV, da CF, para fins de prequestionamento.

Contrarrazões às fls. 132/139, postulando a manutenção do *decisum a quo*.

Petição da parte requerida, fls. 188/192, arguindo a incompetência absoluta da Justiça Estadual em razão da matéria.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DO JUÍZO

Inicialmente, quanto à preliminar de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual, em razão da matéria, merece ser rejeitada, porquanto, segundo entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça, é competente a Justiça Comum Estadual relativamente às ações propostas com o desiderato de se obter complementação de benefícios devidos por entidade de previdência privada fechada, uma vez que não envolvem controvérsia acerca de relação empregatícia.

A propósito, são as decisões daquela Corte:

> "RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA ESTADUAL. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. COMPLEMENTAÇÃO DE PROVENTOS DESCABIDA.
>
> **1. Compete à Justiça Estadual processar e julgar litígios instaurados entre entidade de previdência privada e participante de seu plano de benefícios. Precedentes.**
>
> 2. O auxílio cesta-alimentação estabelecido em acordo ou convenção coletiva de trabalho, com amparo na Lei 7.418/85 (Programa de Alimentação do Trabalhador), apenas para os empregados em atividade não tem natureza salarial, tendo sido concebido com o escopo de ressarcir o empregado das despesas com a alimentação destinada a suprir as necessidades nutricionais da jornada de trabalho. Sua natureza não se altera, mesmo na hipótese de

ser fornecido mediante tíquetes, cartões eletrônicos ou similares, não se incorporando, pois, aos proventos de complementação de aposentadoria pagos por entidade de previdência privada (Lei 7.418/85, Decreto 5/91 e Portaria 3/2002).
3. Recurso especial não provido." (REsp 1196167/MG, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 01/02/2012).

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. INCORPORAÇÃO DE BENEFÍCIO. AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SOBRESTAMENTO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INCABÍVEL. ENUNCIADO Nº 126 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NÃO CABIMENTO.
1 - A egrégia Segunda Seção desta Corte, após exaustivo debate, assentou a compreensão de que "compete à Justiça estadual julgar questão concernente a pedido de inclusão de auxílio de cesta-alimentação em **complementação de aposentadoria de previdência privada"** (AgRg no Ag 1.225.443/RJ, Relator para acórdão o Ministro João Otávio de Noronha, julgado em 6/9/2010).
2 - Acórdão recorrido assentado em fundamentos constitucional e infraconstitucional.
3 - Ao contrário do que sustenta a agravante, o recurso extraordinário não teve o seu seguimento negado, pois o Tribunal de origem, aplicando a regra prevista no artigo 543-B, § 1º, do Código de Processo Civil, determinou o sobrestamento daquele apelo, "nos termos da decisão proferida no Recurso Extraordinário nº 586.453, que reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada (e-STJ, fl. 1.344).
4 - Segundo a firme compreensão do Supremo Tribunal Federal, "não é cabível agravo de instrumento da decisão do tribunal de origem que, em cumprimento do disposto no § 3º do art. 543-B, do CPC, determina o sobrestamento do feito" (AgRg no AI 742.431/PE, Relator o eminente Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, DJe de 15/6/2011).
5 - Sendo incabível o manejo do agravo de instrumento, pois, como se viu, o Tribunal de origem não analisou a admissibilidade do recurso extraordinário, não se pode falar na incidência do princípio cristalizado no enunciado nº 126 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário".
6 - Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 30.938/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 28/10/2011).

"AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - **PREVIDÊNCIA PRIVADA - COMPLEMENTAÇÃO DE BENEFÍCIO**

> **-** NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - **COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL** - RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR - JULGAMENTO PELA SEGUNDA SEÇÃO - AUXÍLIO CESTA-ALIMENTAÇÃO - INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7 DO STJ - EXTENSÃO AOS INATIVOS - PRINCÍPIO DA ISONOMIA - RECURSO IMPROVIDO."
> (AgRg no Ag 1419272/RJ, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/10/2011, DJe 26/10/2011).

> "CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E JUSTIÇA TRABALHISTA. VÍNCULO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA. ENTIDADE DE PREVIDÊNCIA PRIVADA. PEDIDO DE COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. AUSENTE A DISCUSSÃO ACERCA DO EXTINTO CONTRATO DE TRABALHO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM.
> **1. Consoante jurisprudência remansosa deste Superior Tribunal de Justiça, é competente a Justiça Estadual para processar e julgar ação em que o pedido e a causa de pedir decorram de pacto firmado com instituição de previdência privada, tendo em vista a natureza civil da contratação, envolvendo tão-somente de maneira indireta os aspectos da relação laboral, entendimento que não foi alterado com a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004.**
> 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 5ª Vara Cível de Santos/SP." (CC 116.228/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 28/09/2011, DJe 03/10/2011).

No mesmo sentido, é o entendimento do STF, como se depreende da seguinte ementa:

> "Recurso extraordinário. Pedido de complementação de aposentadoria. Entidade de previdência privada. Feito da competência da Justiça Comum. Decisão mantida. Precedentes. Agravo regimental não provido. É competente a Justiça Comum para julgar pedido de complementação de aposentadoria na órbita da previdência privada" (Ag. Reg. no RE nº 465.529-2/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma do STF, j. em 10.04.2007, DJU 04.05.2007, p. 56).

Além disso, essa é a orientação adotada também neste sodalício, como se constata das seguintes decisões:

> "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM REJEITADA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. DECRETO Nº 81.240/78 QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.435/77. LEGALIDADE. SENTENÇA

MANTIDA. **1. Diante da farta e mansa jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça, do colendo STJ e excelso STF, refuto a repercussão trabalhista no tema *sub examine*, ratificando a competência da Justiça Comum Estadual para processar e julgar o presente feito.** 2. As normas de previdência, as quais têm regime especial, devem receber exegese criteriosa. Entretanto, dentre os pontos de apoio do interprete, há consenso de que ocorre subsunção do benefício aos dispositivos vigentes ao tempo da implementação de todas as condições objetivas inerentes à fruição da aposentadoria. A este entendimento não refogem as regras próprias da previdência privada complementar A lei remete à regulamentação a possibilidade de exigência de tempo mínimo de contribuição e de idade; 3. Tendo como fundamento que os planos de previdência se submetem a regime atuarial, de sorte que, modificar os regulamentos dos planos ou considerar o Decreto excessivo ou ilegal, irá resultar em desequilíbrio financeiro da entidade, em detrimento de toda coletividade de participantes. 4. Ademais, não se pode reconhecer a ilegalidade do decreto, quando a lei por ele regulamentada expressamente lhe autorizou a realização do *discrimine*. 5. Apelo conhecido e não provido." (Apelação Cível nº 38978-60.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Jucid Peixoto do Amaral, 6ª Câmara Cível, julgada em 23/01/2012).

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA EM RELAÇÃO A MATÉRIA. NÃO ACOLHIDA. PREVIDÊNCIA PRIVADA. FAELCE. APOSENTADORIA ANTES DE 55 ANOS DE IDADE. COMPLEMENTAÇÃO UTILIZANDO REDUTOR ETÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. LEI Nº 6.435/77. NÃO PREVISÃO. ART. 31, IV DO DECRETO Nº 81.240/78. EXORBITÂNCIA DO PODER REGULAMENTAR. VÍCIO DE ILEGALIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. **1. A questão não diz respeito ao vínculo mantido entre a FAELCE e o seu ex-empregado, uma vez que o pedido da ação não cuida de analisar se possui, ou não, determinado direito decorrente do contrato de trabalho; ou seja, não é objeto de discussão a relação de emprego, independentemente de ser celetista ou estatutária. Ao revés, a questão em apreço centra-se na competência para o pagamento de um benefício aos aposentados da FAELCE, instituído por lei e regulamentado por decreto que é devido pela instituição acima mencionada. Logo, a competência é da Justiça Estadual.** 2. A Lei nº 6.435/77 não prevê redutor etário para a obtenção do benefício complementar de aposentadoria. Inovação veiculada pelo Decreto nº 81.240/78, exorbitando do seu poder regulamentar. O Decreto, ato hierarquicamente inferior à lei, não pode se sobrepor à norma regulamentada, sobretudo para criar limitações não estabelecidas. Reconhecimento de vício de ilegalidade do aludido Decreto. Precedentes desta eg. Corte de Justiça. 3. Apelo conhecido e provido. Sentença reformada. Honorários de sucumbência no montante de 10% sobre o valor da condenação a ser aplicado ao recorrido." (Apelação Cível nº 46152-23.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota, 5ª Câmara Cível, julgada em 27/09/2011).

Acrescente-se, ainda, que a relação jurídica de direito material abrange tão

somente a entidade de previdência privada e o beneficiário, ora apelante, não envolvendo, sob qualquer enfoque, controvérsia acerca de relação empregatícia, restringindo-se apenas ao âmbito previdenciário.

Ante o exposto, inquestionável que é da Justiça Comum Estadual a competência para o processamento e julgamento das demandas propostas contra as entidades de previdência privada fechadas que objetivam a complementação de aposentadoria, rejeitando, assim, a preliminar.

MÉRITO

Conheço do Recurso de Apelação interposto por MANOEL PEREIRA LIMA, fls. 96/98, por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

O apelante/promovente objetiva a modificação da sentença que declarou a legalidade da aplicação do redutor etário previsto no Decreto nº 81.240/78, bem como no regulamento da FAELCE, sob o fundamento de que tal disposição não impediu o autor de receber a complementação de aposentadoria, mas aplicou, apenas, por critério de justiça, uma redução dos benefícios do contribuinte que se aposentou antes dos 55 (cinquenta e cinco) anos de idade.

Contudo, à época da concessão da suplementação de aposentadoria do autor, vigia a Lei nº 6.435/77, regulamentadora dos planos de previdência privada, a qual não previa qualquer redução no valor do benefício em função da idade, razão pela qual a restrição por decreto ou regulamento dos direitos ali contidos extrapolam os limites preconizados no art. 84, IV, da CF, abaixo colacionado:

> "Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
> IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;"

Ipso facto, da leitura do referido preceito constitucional, infere-se que o poder executivo tem a atribuição de editar Decretos, os quais têm a função precípua de regulamentar e possibilitar a fiel execução das Leis em sentido estrito, não podendo, todavia, criar direitos que não estejam especificamente previstos na Lei regulamentada, muito menos restringir o alcance dos que estejam.

Esse é o entendimento deste Sodalício Tribunal de Justiça, vejamos:

> "APELAÇÃO CÍVEL. PREVIDENCIÁRIO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DA APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. DECRETO Nº 81.240/78 QUE REGULAMENTA A LEI Nº 6.435/77. RESTRIÇÃO DE DIREITO. ILEGALIDADE. SENTENÇA REFORMADA. APELAÇÃO PROVIDA. 1. A fundação alegou que o Decreto nº 81.240/78, estabeleceu limitações não contempladas na Lei

> nº 6.453/77, concedendo a possibilidade de aposentar-se antes do tempo devido, mas percebendo os proventos de forma proporcional; 2. Também não subsiste o critério idade mínima apesar de estar previsto já no regulamento da fundação; 3. A Lei 6.435/77, diploma regulamentado por tal decreto, não prevê nenhum critério etário; **4. Ora, o Decreto 81.240/78, ao exigir idade mínima para concessão pleiteada, extrapolou sua função regulamentadora da Lei nº 6.435/77;** 5. O autor, ao alcançar as condições necessárias para se aposentar pela previdência oficial, passou a fazer jus à complementação da aposentadoria pleiteada; 6. Precedentes desta Corte de Justiça; 7. Sentença reformada; 8. Apelo conhecido e provido." (Apelação Cível nº 11176-24.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva, 4º Câmara Cível, julgada em 04/02/2010).

> "PREVIDÊNCIA PRIVADA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. ART. 31, INCISO IV, DO DECRETO N.° 81.240/78. INCOMPATIBILIDADE COM O ATUAL ORDENAMENTO JURÍDICO E O REGIME ANTERIOR. VIOLAÇÃO AO ART. 84, INCISO IV, DA CF/88. -É aplicável o CDC às relações de previdência privada. -É manifestamente ilegal a exigência de estipular idade mínima de 55 (cinqüenta e cinco anos) para a concessão de complementação da aposentadoria aos funcionários da COELCE prevista no art. 34, inciso IV, do Decreto n.° 81.240/78, **sob pena de se criar obrigação não prevista na Lei n.° 6.435/77, extrapolando, dessa forma, os limites normativos de um decreto conforme o disposto no art. 84, inciso IV, da Carta Política de 1988.** - Precedentes dos Tribunais Superiores e do TJCE. - Apelação conhecida, mas improvida." (Apelação Cível nº 9847-40.2007.8.06.0001/1, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2º Câmara Cível, julgada em 17/07/2009).

Logo, "*...nem o decreto, tampouco o regulamento podem criar, modificar ou extinguir direitos, vale dizer, não podem inovar o ordenamento jurídico, estando limitados aos ditames da lei*". (Apelação Cível nº 9105-49.2006.8.06.0001/1, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3º Câmara Cível, julgada em 13/09/2010).

Assim, uma vez que o "período de carência", previsto na Lei nº 6.435/77, diz respeito ao tempo de contribuição necessário à aquisição do direito de complementação do benefício previdenciário, não fazendo a referida Lei, em momento algum, menção à idade mínima para concessão do benefício integral.

Nesse sentido, necessário a remissão ao art. 24, da Lei nº 8.213/91, que dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, a seguir transcrito:

> "Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o beneficiário faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências."

De fato, para fins de complementação de aposentadoria, importa aferir o tempo de contribuição efetivamente prestado pelo participante, sendo irrelevante a

utilização do critério da idade.

Desse modo, o argumento da apelada de que a concessão da integralidade do benefício àqueles que se aposentam antes de atingir a idade mínima de 55 (cinquenta e cinco anos) seria tratamento anti-isonômico, não encontra fundamento, uma vez que é possível o participante ter começado a laborar precocemente e, ao aposentar-se mais cedo, ter o mesmo tempo de contribuição do participante que se aposentou ao atingir a idade mínima prevista no regulamento da entidade.

Com isso, da análise dos documentos acostados aos autos, verifica-se que o autor contribuiu para o plano por lapso temporal superior ao exigido no regulamento da instituição, a título de prazo de carência, fazendo jus, assim, ao recebimento integral do benefício previdenciário, destituído de diminuições ou descontos não previstos na Lei nº 6.435/77.

Não obstante, verifica-se que o contrato de adesão, firmado entre o autor e a instituição de previdência privada (FAELCE), sela uma relação de consumo, uma vez que se trata de contrato de fornecimento de serviços, sujeito, portanto, às normas previstas no Código de Defesa do Consumidor.

A matéria restou pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, com a edição da Súmula 321/STJ, *in verbis*:

> "**O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes**." (Súmula 321, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2005, **DJ 05/12/2005**, p. 410).

Expressam, os artigos 6º, IV, e 51, II e IV, ambos do CDC, respectivamente, com destaques:

> "Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:
> (...) *omissis*
> IV – A proteção contra publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, **bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços**."

> "Art. 51. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:
> (...) *omissis*
> II – **Subtraiam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;**
> (...) *omissis*
> IV – E**stabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade**."

Assim, as normas previstas no regulamento interno da instituição de previdência privada não devem prevalecer sobre as normas do Código Consumerista,

naquilo em que se conflituam, por se tratar, a relação firmada entre as partes litigantes, de matéria de ordem pública, merecendo o consumidor, enquanto parte mais fraca da relação consumerista (o qual, no mais das vezes, é impelido a aderir a contrato de adesão com cláusulas abusivas e onerosas, que lhe são manifestamente desfavoráveis), maior proteção e amparo estatal.

Nesse sentido, a jurisprudência uníssona do Superior Tribunal de Justiça, muito bem sintetizada em recente excerto, *in litteris*:

> "AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IRRETROATIVDADE DAS LEIS. SÚMULA 284/STF. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA. DEVOLUÇÃO INTEGRAL DAS CONTRIBUIÇÕES DO ASSOCIADO. CORREÇÃO MONETÁRIA PLENA.
> 1. A matéria relativa à prescrição não foi objeto de decisão pelo Tribunal de origem, ressentindo-se o recurso especial, no particular, do indispensável prequestionamento.
> 2. No que concerne ao princípio da irretroatividade das leis, não resta indicado o dispositivo tido como violado, o que atrai a incidência da Súmula 284/STJ.
> 3. **As entidades de previdência privada sujeitam-se às normas consumeristas. Súmula 321/STJ.**
> 4. **As contribuições vertidas pelos ex-associados devem ser restituídas de forma integral, corrigidas monetariamente por índices que recomponham a efetiva desvalorização da moeda. Precedentes.**
> Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 912489/RN, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4º Turma, Dje em 04/05/2009).

Portanto, o regulamento interno da instituição, na parte que determina a aplicação do redutor etário ao participante que se aposenta antes de completar 55 (cinquenta e cinco) anos, deve ser desconsiderado, uma vez que estabelece obrigação manifestamente onerosa e desfavorável ao consumidor, na medida em que este contribuiu para o fundo da entidade durante todo o período de carência estabelecido em lei.

Ademais, verifico que a relação jurídica firmada entre as partes configura-se de trato sucessivo, e o autor ajuizou a ação na qualidade de segurado, assim, " **Versando a discussão sobre obrigação de trato sucessivo, representada pelo pagamento de suplementação de aposentadoria, a prescrição alcança tão-somente as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio que precede ao ajuizamento da ação, e não o próprio fundo do direito.**" ((AgRg no REsp 973347/SC, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe 14/05/2010).

Diante do exposto, apresenta-se de clareza meridiana o direito do autor de obter o recálculo da suplementação da aposentadoria, sem aplicação do redutor etário não previsto em Lei, à exceção das parcelas concernentes ao quinquênio anterior ao ajuizamento da ação, devendo "... os juros remuneratórios decorrentes de complementação de aposentadoria ser fixados à taxa de 1% ao mês, tendo em vista

seu caráter eminentemente alimentar.” (AgRg no REsp 811.425/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 16/03/2010, DJe 29/03/2010)

Isto posto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO ao recurso, para rejeitar a preliminar de incompetência absoluta do juízo, determinando o recálculo da suplementação de aposentadoria do autor, desconsiderando-se a aplicação do redutor etário, referentes às prestações vencidas e vincendas, ressalvada as atingidas pela prescrição, sendo restituído o valor resultante da diferença, com aplicação de juros na base de 1% ao mês e correção monetária.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 25365-15.2003.8.06.0000/0 DE FORTALEZA
APELANTE: ANDRÉ DE ALMEIDA E ARAÚJO
APELADA: FACULDADE DE MEDICINA DE JUAZEIRO DO NORTE
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCURSO VESTIBULAR. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL NÃO ACOLHIDA. PLEITO DE REVISÃO DE TRÊS QUESTÕES DA PROVA DE BIOLOGIA E DE ANULAÇÃO DE UMA QUESTÃO DO EXAME DE QUÍMICA. PARECERES DE PROFESSORES ELABORADOS DE FORMA UNILATERAL, SEM O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER JUDICIÁRIO ANALISAR O MÉRITO DAS QUESTÕES DE CONCURSOS, SOMENTE PODENDO MANIFESTAR-SE ACERCA DE EVENTUAL ILEGALIDADE HAVIDA NO CERTAME. RECURSO IMPROVIDO.

1. Quando a ação for diversa do mandado de segurança, estando em discussão a matrícula de aluno em entidade particular de ensino superior, hipótese dos autos, é firme a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a lide, uma vez que não há enquadramento em qualquer das situações previstas no art. 109 da Carta Magna.

2. Além de as opiniões emitidas pelos especialistas nas matérias não estarem revestidas de efetivo valor probante, porquanto os pareceres foram elaborados de forma unilateral, sem o crivo do contraditório, não é dado ao Poder Judiciário examinar o mérito das questões constantes das provas de concursos, somente podendo analisar aspectos relativos à legalidade do certame.

3. Em matéria de concurso público (aqui estando incluído o concurso vestibular, caso dos autos), é pacífico o entendimento do STJ no sentido de que "a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora" (STJ, AgRg no RMS 20515/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 21.08.2006).

4. Apelação conhecida, mas improvida.

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 negar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por André de Almeida e Araújo, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 12ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação ordinária com pedido de tutela antecipada proposta pelo Apelante contra a Faculdade de Medicina de Juazeiro do Norte, extinguiu o feito, sem resolução de mérito, com fundamento no art. 267, VI, do CPC, por ausência de uma das condições da ação, especificamente a possibilidade jurídica do pedido, condenando o Recorrente ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, os quais foram arbitrados em R$ 500,00 (quinhentos reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Na petição inicial (f. 02-09), o Demandante, ora apelante, argumenta, em síntese, que, após se submeter ao vestibular organizado pela Apelada, ficou na 245ª posição, sendo que o último candidato efetivamente aprovado figurou na 174ª colocação, mas essa situação não pode prevalecer, pois, além de três questões da prova de biologia haverem sido erradamente corrigidas, deve ser anulada uma questão do exame de química, de modo que, refeitos os cálculos, levando-se em conta as falhas apontadas, terá pontos suficientes para a sua aprovação, requerendo, dessa forma, seja-lhe permitido efetuar a sua matrícula no curso de medicina ofertado pela Recorrida.

Contra a decisão que indeferiu o pleito antecipatório (f. 51-53), o Apelante interpôs agravo de instrumento, havendo o Des. José Ari Cisne, relator do recurso, concedido a liminar postulada, determinando a imediata matrícula do Recorrente no curso de medicina (f. 83-85).

Em seu apelo (f. 116-130), André de Almeida e Araújo aduz, em sinopse, que:

a) houve claro equívoco no gabarito das provas, fato comprovado por meio de pareceres técnicos, acostados aos autos, de professores das matérias;

b) em conformidade com o ordenamento jurídico pátrio, cabe ao Poder Judiciário analisar o mérito das questões indicadas, não havendo que se falar em ausência de possibilidade jurídica do pedido.

Pugna, enfim, o Recorrente pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença impugnada, de sorte que seja autorizada, em definitivo, a sua matrícula no curso de medicina oferecido pela Apelada.

Em suas contrarrazões (f. 134-140), alega a Recorrida, preliminarmente, a incompetência absoluta da Justiça Estadual, entendendo ser competente para apreciar a

demanda a Justiça Federal, requerendo, no mérito, a manutenção da sentença vergastada.

Inicialmente distribuídos ao Des. Ernani Barreira Porto em 10.02.2004 (f. 147), os autos passaram pelas relatorias da Desa. Maria Iracema Martins do Vale e do Des. José Arísio Lopes da Costa, havendo sido a mim redistribuídos em 09.02.2009 (f. 159), por encaminhamento.

É o relatório, no essencial.

VOTO

Passo a examinar a preliminar de incompetência absoluta da Justiça Estadual, levantada pela Apelada.

A Recorrida afirma que as instituições de ensino particulares são prestadoras de serviço público federal delegado, motivo pelo qual, nos termos do art. 109, I, da Constituição Federal, é competente para processar e julgar o presente feito a Justiça Federal.

Razão não assiste à Apelada.

Compete à Justiça Estadual processar e julgar a causa em que figuram como partes, de um lado, o aluno, e, de outro, uma entidade particular de ensino superior, máxime quando a matéria versada na demanda diz respeito a ato particular de gestão, como ocorre no caso em apreço.

No que se refere a mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Carta Política, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada. Para esse efeito é que faz sentido, em se tratando de impetração contra entidade particular de ensino superior, investigar a natureza do ato praticado.

Contudo, quando a ação for diversa do mandado de segurança, estando em discussão a matrícula de aluno em entidade particular de ensino superior, hipótese dos autos, é firme a competência da Justiça Estadual para processar e julgar a lide, uma vez que não há enquadramento em qualquer das situações previstas no art. 109 da Carta Magna.

É esse o entendimento do STJ, conforme demonstram os seguintes arestos:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. INSTITUIÇÃO PRIVADA DE ENSINO SUPERIOR. MATRÍCULA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL COMUM.
> 1. Hipótese em que a Justiça Federal e a Justiça Estadual discutem a competência para processamento e julgamento de Ação Ordinária, na qual se objetiva a matrícula em instituição privada de ensino superior.
> 2. A partir do julgamento do Conflito de Competência 35.972/SP, a Primeira Seção decidiu que o critério definidor da competência da Justiça Federal

é, em regra, *ratione personae*, isto é, leva em consideração a natureza das pessoas envolvidas na relação processual.
3. "Ações de conhecimento, cautelares ou quaisquer outras de rito especial que não o mandado de segurança - a competência será federal quando a ação indicar no polo passivo a União Federal ou quaisquer de suas autarquias (art. 109, I, da Constituição da República); será de competência estadual, entretanto, quando o ajuizamento voltar-se contra entidade estadual, municipal ou contra instituição particular de ensino." (REsp 373.904/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 09.05.2005).
4. Conflito de Competência conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara de Itaperuna - RJ, o suscitado. (STJ, CC 58880/RJ, Rel. Min. Herman Benjamin, 1ª Seção, DJ 01.10.2007)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA – INDEFERIMENTO DE MATRÍCULA – ENSINO SUPERIOR – ENTIDADE PARTICULAR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo. Será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, inciso, alínea "a").
2. Não é da competência da Justiça Federal, mas sim da Justiça Estadual, processar e julgar a causa em que figuram como partes, de um lado, o aluno, e, de outro, uma entidade particular de ensino superior. No caso, ademais, a matéria versada na demanda tem relação com ato particular de gestão. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Comarca de Boa Esperança-ES. (STJ, CC 65900/ES, Rel. Min. Humberto Martins, 1ª Seção, DJ 30.10.2006)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO ORDINÁRIA. MATRÍCULA. INSTITUIÇÃO DE ENSINO PARTICULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
I – No caso do *writ of mandamus*, a competência é fixada em razão da autoridade coatora. Diretor de universidade particular, na hipótese de ato de matrícula estudantil, age por delegação do poder público federal, deslocando-se, com isso, a competência para a Justiça Federal.
II – A Primeira Seção desta Corte, *a contrario sensu*, basilada no CC nº 38.130/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 13/10/2003, firmou entendimento no sentido de que, em se tratando de ação diversa à do mandado de segurança, a competência para o seu processamento e julgamento, quando se discute a matrícula de aluno em entidade de ensino particular, é da Justiça Estadual, eis que inexistentes quaisquer dos entes elencados no art. 109 da CF/88.
III – Conflito de competência conhecido, para declarar a competência do MM. Juízo de Direito da 15ª Vara Cível de Curitiba – PR, suscitante. (STJ, CC 36580/PR, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, 1ª Seção, DJ 23.08.2004)

CONFLITO DE COMPETÊNCIA: AÇÃO DE PROCEDIMENTO COMUM MOVIDA POR ALUNO CONTRA INSTITUIÇÃO

> PARTICULAR DE ENSINO SUPERIOR – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. A competência cível da Justiça Federal, estabelecida na Constituição, define-se, como regra, pela natureza das pessoas envolvidas no processo: será da sua competência a causa em que figurar a União, suas autarquias ou empresa pública federal na condição de autora, ré, assistente ou opoente (art. 109, I, a).
> 2. Compete à Justiça Estadual, por isso, processar e julgar a causa em que figuram como partes, de um lado, o aluno, e, de outro, uma entidade particular de ensino superior. No caso, ademais, a matéria versada na demanda tem relação com ato particular de gestão.
> 3. No que se refere a mandado de segurança, a competência é estabelecida pela natureza da autoridade impetrada. Conforme o art. 109, VIII, da Constituição, compete à Justiça Federal processar e julgar mandados de segurança contra ato de autoridade federal, considerando-se como tal também o agente de entidade particular quanto a atos praticados no exercício de função federal delegada. Para esse efeito é que faz sentido, em se tratando de impetração contra entidade particular de ensino superior, investigar a natureza do ato praticado.
> 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Estadual, o suscitado. (STJ, CC 38130/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJ 13.10.2003)

Posto isso, rejeito a prejudicial suscitada pela Recorrida, por entender que a Justiça Estadual é competente para apreciar o presente litígio.

No mérito, o recurso não merece provimento.

Pretende o Recorrente, relativamente ao vestibular promovido pela Recorrida, que três questões da prova de biologia sejam revistas e que uma questão do exame de química seja anulada, fundamentando o seu pleito em pareceres de professores das referidas disciplinas (f. 26 e 31).

Em verdade, além de as opiniões emitidas pelos especialistas nas matérias não estarem revestidas de efetivo valor probante, porquanto os pareceres foram elaborados de forma unilateral, sem o crivo do contraditório, não é dado ao Poder Judiciário examinar o mérito das questões constantes das provas de concursos, somente podendo analisar aspectos relativos à legalidade do certame.

É esse, aliás, o posicionamento pacífico do STJ, senão vejamos:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. DISPOSITIVO INDICADO COMO VIOLADO NÃO SUSTENTA A TESE RECURSAL. CANDIDATO APROVADO FORA DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. PARTICIPAÇÃO NA FASE SUBSEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. MERA EXPECTATIVA DE DIREITO. BANCA EXAMINADORA. QUESTÕES. REVISÃO JUDICIAL INCABÍVEL. […]
> 3. De acordo com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, ao Poder Judiciário é permitido tão somente o exame da legalidade do

> concurso público, sendo vedado apreciar os critérios utilizados pela banca examinadora, sob pena de substituí-la no exame do mérito do ato administrativo praticado.
> 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no Ag 1278000/RJ, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, 6ª Turma, DJe 05.10.2011)
>
> ADMINISTRATIVO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO PARA INGRESSO NOS SERVIÇOS NOTARIAIS E DE REGISTRO. PRETENSÃO DE ANULAR QUESTÃO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INCURSÃO NO MÉRITO ADMINISTRATIVO.
> 1. A *quaestio* posta em debate cinge-se à verificação do direito líquido e certo do recorrente de ver anulada uma questão da prova objetiva do Concurso Público para admissão nas Atividades Notariais de Registro do Estado do Rio Grande do Sul, a pretexto de a mesma não possuir alternativa correta.
> 2. Segundo o entendimento consolidado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, bem como no do Supremo Tribunal Tribunal, é vedado ao Poder Judiciário o reexame dos critérios usados pela banca examinadora na elaboração, correção e atribuição de notas em provas de concursos públicos, devendo limitar-se ao exame da legalidade do procedimento administrativo e da observância das regras contidas no respectivo edital. Precedentes.
> 3. No caso dos autos, a pretensão do recorrente, muito embora esteja amparada na alegação de que a administração incorreu em ilegalidade, aplicando prova objetiva contendo questão sem resposta correta, tem como objetivo principal, em verdade, refutar o mérito administrativo, o que, indubitavelmente, não encontra amparo neste Superior Tribunal.
> 4. Assim, tendo em vista que a pretensão é revisar o mérito da questão, ou seja, modificar os critérios de elaboração e avaliação de questões, já reexaminadas em recurso administrativo, não pode obter êxito o impetrante, visto que a atuação do judiciário cinge-se ao controle jurisdicional da legalidade do concurso público.
> 5. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido. (STJ, RMS 20984/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª Turma, DJe 12.11.2009)
>
> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. ANÁLISE DE PROVA. PODER JUDICIÁRIO. LIMITAÇÃO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. PROVA. CRITÉRIO DE CORREÇÃO. ALTERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. LIQUIDEZ E CERTEZA. AUSÊNCIA. PROVA TÉCNICA. DESCABIMENTO.
> 1. Nas demandas que discutem concurso público, a atuação do Poder Judiciário limita-se ao exame da legalidade do certame, vedada a apreciação dos critérios utilizados pela banca examinadora para formulação de questões e atribuição das notas aos candidatos, sob pena de indevida incursão no mérito administrativo. […] (STJ, RMS 27954/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi, 5ª Turma, DJe 19.10.2009)

Na espécie, não verifico a existência de qualquer ilegalidade apta a justificar a interferência do Poder Judiciário, razão pela qual não há como ser atendido o pleito do Recorrente, pois, conforme restou dito, em matéria de concurso público

(aqui estando incluído o concurso vestibular, caso dos autos), "a competência do Poder Judiciário se limita ao exame da legalidade das normas instituídas no edital e dos atos praticados na realização do concurso, sendo vedado o exame dos critérios de formulação de questões, de correção de provas e de atribuição de notas aos candidatos, matérias cuja responsabilidade é da banca examinadora" (STJ, AgRg no RMS 20515/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, 6ª Turma, DJ 21.08.2006).

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento, mantendo, em sua inteireza, a sentença combatida.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012.

Apelação Cível nº: 0000310-08.2005.8.06.0157
Apelante: Município de Reriutaba
Apelado: Carlos Roberto Aguiar
Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível
Relator: Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. EX-PREFEITO MUNICIPAL. ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE CONTRATOS COM A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL E AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE CONTAS. REVELIA QUE NÃO INDUZ À PROCEDÊNCIA DO PLEITO. DIREITO INDISPONÍVEL. EXECUÇÃO REGULAR DOS CONTRATOS ATESTADA PELA CEF. INEXISTÊNCIA DE PROVA DE PREJUÍZO PELO ENTE MUNICIPAL. IMPROCEDÊNCIA QUE SE IMPÕE. RECURSO DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1 - Embora a falta de contestação conduza à veracidade dos fatos alegados pelo autor, isso não implica dizer que a ação deve ser necessariamente julgada procedente, seja em virtude de os fatos não conduzirem às consequências jurídicas pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum outro fato, não cogitado na inicial, que imponha a improcedência. Precedentes do STJ.

2 - Tratando-se de controvérsia que gira em torno de contratos que envolvem verba pública, inegável é a ocorrência de interesse público. Sendo o interesse público indisponível, atrai-se a aplicação do do art. 320, inciso II, do CPC, o qual afasta o efeito da revelia consistente na presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor.

3 - Se a execução dos contratos atacados foi julgada regular, e se nenhuma prova foi produzida para demonstrar qualquer tipo de prejuízo que o Município possa ter sofrido em virtude de ato ilícito praticado pelo demandado, a conclusão do magistrado de piso não poderia ter sido outra senão julgar o pleito ressarcitório improcedente, como de fato o fez.

4 - Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0000310-08.2005.8.06.0157, 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 conhecê-la e negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de apelação cível em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito Titular da Vara Única da Comarca de Reriutaba, nos autos de Ação Ordinária, interposto por **MUNICÍPIO DE RERIUTABA**, em desfavor de **CARLOS ROBERTO AGUIAR**.

Adoto em parte o relatório da rr. decisão de fls. 89/98:

> "Vistos etc.
> Relatório:
> O Município de Reriutaba ajuizou ação ordinária contra Carlos Roberto Aguiar, devidamente qualificado nos autos, com o objetivo de ser indenizado no valor de R$ 127.192,22 (cento e vinte e sete mil, cento e noventa e dois reais e vinte e dois centavos), em razão de danos causados pelo promovido ao Município durante o período no qual exerceu a função de Prefeito.
> Alega o Município promovente que, por ocasião da gestão administrativa do promovido, foram firmados os contratos nº 0072672-91 e nº 0072629-97 com a União Federal e a Caixa Econômica Federal, para a construção de moradias populares
> Sustenta que o promovido não prestou contas dos aludidos recursos recebidos e, em decorrência do descumprimento do que fora pactuado, o Município vem sofrendo sérios prejuízos financeiros, haja vista se encontrar impossibilitado de receber verbas públicas e firmar convênio com a Administração Pública.
> Apesar de devidamente citado, o promovido não ofereceu reposta ao pedido, conforme certidão de fl. 34.
> Instado a se manifestar, o representante do órgão ministerial asseverou não haver interesse no feito (fls. 35/36).
> Foi decretada a revelia do promovido (fl. 37).
> Às fls. 40/41 existe ofício enviado pela Caixa Econômica Federal prestando informações que foram requisitadas pelo Magistrado que me antecedeu nesta Comarca.
> Após nova requisição judicial, a Caixa Econômica Federal apresentou ofício informando que todos os recursos repassados ao Município foram utilizados com a realização de 100% do objeto pactuado no contrato nº 0072629-97, conforme vistoria realizada em 27/03/2007 (fl. 45).
> Intimado para quantificar o valor do dano sofrido, o Município promovente apenas requereu o julgamento do processo no Estado em que se encontra (fl. 56)."

Na parte dispositiva do referido *decisum, o* MM. Juiz, julgou da seguinte forma:

> "Ante o exposto, por insuficiência de provas do direito postulado, julgo improcedente o pedido e extingo o processo com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil."

Irresignado com a referida decisão, o apelante apresentou recurso de apelação às fls. 106/111, na qual aduz, em síntese: **a)** preliminarmente, da revelia do apelado e do seus efeitos; **b)** dos danos ao erário pela omissão e negligência na execução no plano de trabalho advindo do pacto celebrado. Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso apelatório.

O apelado não apresentou contrarrazões, conforme certidão de fl. 116.

Parecer da PGJ às fls. 132/139, na qual o membro do Ministério Público opina pela confirmação da sentença de primeiro grau.

Após redistribuição, vieram-me conclusos os autos.

À douta revisão.

VOTO

Os autos tratam de Ação de Reparação de Danos ajuizada em 10.05.2005 pelo Município de Reriutaba em face de Carlos Roberto Aguiar, o qual havia atuado como prefeito da municipalidade nos quadriênios de 1996/2000 e 2001/2004. Na vestibular, o autor narra que a Prefeitura Municipal, sob a Chefia do promovido, celebrara em 16.12.1998 e 21.12.1998 os contratos de nº 0072672-91 e 0072629-97 com a Caixa Econômica Federal, para Construção de Moradias Populares, obtendo para tanto repasse de recursos do Orçamento Geral da União. Assevera que o objeto dos aludidos contratos deixou de ser cumprido, bem como não houve prestação de contas das verbas que foram repassadas, as quais totalizavam a soma de R$ 280.986,79. Prossegue afirmando que o descumprimento contratual trouxe enormes prejuízos para o Município, que estaria impossibilitado de firmar convênio com a Administração Pública e de receber verbas. Nesses termos, pleiteou a condenação do demandado ao ressarcimento de R$ 127.192,22 à Fazenda Pública Municipal.

Regularmente citado (fls. 39), o promovido deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contestação (fls. 41), havendo sido decretada sua revelia às fls. 45.

Ao sentenciar o feito (fls. 89/98), o magistrado de piso julgou a demanda improcedente, ante a inexistência de provas a respeito do prejuízo experimentado pelo Município.

Tendo em vista o desfecho desfavorável à sua pretensão, o Município interpôs recurso de apelação (fls. 400/413), pleiteando a aplicação da presunção de veracidade dos fatos, ante a revelia do promovido, e a reforma da sentença, para que o pleito inaugural fosse julgado procedente.

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, **conheço** do apelo e passo doravante a apreciá-lo.

Primeiramente, no que diz respeito à revelia, embora a falta de contestação conduza à veracidade dos fatos alegados pelo autor, isso não implica dizer que a ação deve ser necessariamente julgada procedente, seja em virtude de os fatos não conduzirem às consequências jurídicas pretendidas, seja por evidenciar-se existir algum outro fato, não cogitado na inicial, que imponha a improcedência (STJ, Resp 14.987, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, j. 10.12.91).

Ademais disso, a controvérsia diz respeito a contratos que envolvem verba pública, sendo inegável, como bem pontuou o representante do *Parquet* atuante nesta segunda instância jurisdicional, a ocorrência de interesse público. Sendo o interesse público indisponível, atrai-se a aplicação do do art. 320, inciso II, do CPC, o qual afasta o efeito da revelia consistente na presunção de veracidade dos fatos articulados pelo autor.

Pois bem, na espécie versada nos autos, o Município alega que os contratos aos quais se refere a exordial não foram cumpridos, e que as contas a eles concernentes não foram prestadas. Todavia, instada a prestar informações (fls. 45), a Caixa Econômica Federal, comunicou, através dos ofícios de fls. 51/52 e 61, que, quanto ao contrato de nº 0072672-91, "*teve as obras concluídas e atestadas pela CAIXA*". Por sua vez, quanto ao contrato nº 0072629-97, informou que "*(t)odos os recursos repassados ao Município foram utilizados com a realização de 100% do objeto contratado, conforme vistoria realizada pela equipe técnica de engenharia da CAIXA, em 27.03.2007*", e para seu encerramento somente estaria faltando a prestação de contas final, referente à última parcela, liberada no exercício de 2007.

De tais ofícios verifica-se que os contratos atacados foram regularmente cumpridos, somente faltando, quanto a um deles, prestação de contas em relação ao exercício de 2007, período este no qual o demandado já não era mais gestor Chefe do Poder Executivo Municipal de Reriutaba.

Ora, se a execução dos contratos foi julgada regular, e se nenhuma prova foi produzida para demonstrar qualquer tipo de prejuízo que o Município possa ter sofrido em virtude de ato ilícito praticado pelo demandado, a conclusão do magistrado de piso não poderia ter sido outra senão julgar o pleito ressarcitório improcedente, como de fato o fez.

Nesses termos, conheço da apelação interposta, mas lhe nego provimento, mantendo inalterada a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza/CE, 13/11/ de 2012.

PROCESSO Nº 376640-29.2000.8.06.0001/1 (SPROC 2000.0098.1640-3/1)
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: REAL PREVIDÊNCIA E SEGUROS LTDA
APELANTE: EDIVAL TRANSPORTES LTDA
APELADO: ALINE MOURA DA SILVA
APELADO: JOSÉ ARILSON MOURA DA SILVA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. ACIDENTE COM USUÁRIO. MORTE DA VÍTIMA. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. FATO. NEXO CAUSAL. DANO. CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. PENSIONAMENTO MENSAL. TERMO FINAL. 25 ANOS DE IDADE DOS BENEFICIÁRIOS.

I – A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço de transporte público é objetiva. (CF, art. 37, § 6º)

II – É devida a indenização por danos materiais, sob a forma de pensionamento mensal, aos filhos da vítima de acidente de trânsito ocorrido com veículo de transporte coletivo, a ser paga até a data em que os beneficiários atinjam a idade de vinte e cinco anos.

III – RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE NÃO CONHECIDO, PORQUE NÃO RATIFICADO OU ADITADO APÓS O JULGAMENTO, COM EFEITOS INFRINGENTES, DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO INTERPOSTOS CONTRA A SENTENÇA.

IV – Apelação da segunda recorrente parcialmente conhecida e provida em parte.

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 não conhecer da apelação da seguradora e conhecer parcialmente da apelação da empresa de transporte coletivo, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por EDIVAL TRANSPORTES LTDA e REAL PREVIDÊNCIA E SEGUROS LTDA, impugnando sentença proferida pelo Juiz de Direito da 26ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 376640-29.2000.8.06.0001/0, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado por ALINE MOURA DA SILVA e JOSÉ ARILSON MOURA DA SILVA.

Na petição inicial, os autores afirmaram que, no dia 18 de agosto de 1997, ao ser transportada pela primeira apelante, integrante do sistema de transporte coletivo de passageiros da cidade de Fortaleza, sua genitora Antonia Venderlene de Moura Lima, foi vítima de acidente fatal, ao cair do ônibus de placa HVK 3570, na ocasião dirigido por Francisco José da Silva Alves. Aduziram que o referido evento danoso ocorreu por culta do motorista, que dirigia sem as cautelas indispensáveis à segurança do trânsito. Postularam, ao final, a condenação da primeira apelante a pagar, a título de danos materiais, a quantia correspondente ao produto do valor do salário mínimo pela quantidade de meses que a vítima viveria até atingir a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, acrescida das despesas com funeral.

Na peça contestatória, a primeira apelante requereu a denunciação da lide à Real Previdência e Seguros Ltda e, no mérito, alegou a culpa exclusiva da vítima pelo evento danoso. Disse mais que, na hipótese de procedência do pedido inicial, a indenização deverá ser fixada sob a forma da prestação mensal, que seria devida até a data em que os beneficiários atingirem a maioridade civil ou concluírem curso de nível superior, desde que, nesse último caso, não ultrapassada a idade de vinte e quatro anos.

Citada, a denunciada Real Previdência e Seguros Ltda apresentou contestação. Aduziu que, ao tempo do evento descrito na inicial, efetivamente mantinha contrato de seguro com a primeira apelante, mas sua responsabilidade é limitada ao valor especificado na apólice e restrito aos danos materiais e, ainda assim, se os autores fizerem a prova da culpa da primeira apelante pelo evento danoso. Disse mais que, na hipótese de procedência do pedido inicial, deve ser deduzido da condenação o valor eventualmente recebido pelos autores, a título indenização do seguro obrigatório DPVAT.

A sentença proferida em 12 de fevereiro de 2001 julgou procedente o pedido inicial, para *"condenar a parte promovida ao pagamento de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo vigente no país, correspondente aos ganhos auferidos pela vítima em vida, acrescida das verbas referentes ao 13º salário, despesa com funeral e danos morais (consistente na perda do ente querido, causando sérios abalos emocionais no seio familiar, principalmente junto às crianças), estes fixados em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento"*. Todavia, ao decidir, em 10 de abril de 2008, os embargos de declaração opostos pelo primeiro apelante, aos quais atribuiu efeitos modificativos, o magistrado de primeiro grau, alterando o dispositivo da sentença, julgou *"PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inserto na peça primeira para,*

consequentemente, CONDENAR a parte promovida ao pagamento de pensão mensal de um (01) salário mínimo, até o limite de 25 anos dos menores". (fls 229/234 e 335/340)

A sentença foi duplamente impugnada.

Em 27 de novembro de 2007, a seguradora apelou, aduzindo, como razão de pedir a reforma da sentença proferida na juízo *a quo*, a ausência de prova dos fatos alegados na inicial e de pedido de condenação por danos morais, a inexistência de previsão contratual de cobertura de danos morais, a limitação de sua responsabilidade às cláusulas e termos contidos na apólice vigente ao tempo do sinistro e, por fim, a existência de culpa concorrente, como fator de redução da condenação por danos materiais. (fls 318/331)

Nas razões do recurso protocolado em 25 de abril de 2008, a empresa de transporte de passageiros demandada alegou sentença *extra e ultra petita;* culpa exclusiva da vítima, como excludente do nexo causal; a absolvição criminal do motorista do ônibus; culpa concorrente da vítima, como fundamento para a redução do valor da indenização; inexistência de danos materiais, por não haver prova de que a vítima exercia atividade econômica ou remunerada; a impossibilidade de fixação da pensão mensal em 1 (um) salário mínimo, no julgamento dos embargos de declaração, após a sentença embargada havê-la fixado em 2/3 do salário mínimo, por ser hipótese de preclusão *pro judicato* e *reformatio in pejus*; o termo final do pagamento da pensão deve ser a data em que o beneficiário atingir a maioridade civil; a correção monetária deve incidir a partir da data da fixação dos danos morais; os juros moratórios devem incidir a partir da data da citação e, por fim, os honorários devem incidir sobre o somatório das prestações vencidas com doze prestações vincendas, considerando a existência de sucumbência recíproca. O pedido de tutela recursal ali deduzido consiste no reconhecimento de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, na exclusão da condenação por danos materiais e morais, na redução do valor da pensão mensal para 2/3 do salário mínimo, na incidência de juros de mora a partir da citação e na fixação dos honorários advocatícios sobre o valor das prestações vencidas e doze prestações vincendas.

O Ministério Público interveio regularmente no feito (CPC - art. 82, I).

É o breve relatório.

Revistos e incluídos os autos em pauta de julgamento.

VOTO

Preambularmente, cumpre ressaltar que a sentença inicialmente proferida foi objeto de embargos de declaração, que foram parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes. Na ocasião, o dispositivo da decisão proferida em 12 de fevereiro de 2001, para *"condenar a parte promovida ao pagamento de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo vigente no país, correspondente aos ganhos auferidos pela vítima em vida, acrescida das verbas referentes ao 13º salário, despesa com funeral e danos morais (consistente na perda do ente querido, causando sérios abalos emocionais no*

seio familiar, principalmente junto às crianças), estes fixados em 100 (cem) salários mínimos vigentes à época do pagamento", foi alterado para julgar *"PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido inserto na peça primeira para, consequentemente, CONDENAR a parte promovida ao pagamento de pensão mensal de um (01) salário mínimo, até o limite de 25 anos dos menores".* (fls 229/234 e 335/340)

Em tal contexto, é possível concluir que, após o julgamento dos embargos de declaração, em 10 de abril de 2008, que foram acolhidos com efeitos modificativos pelo juiz de primeira instância, os danos morais e a parcela dos danos materiais referente ao 13º salário foram excluídos da condenação. Como se mostra evidente da literalidade dos mencionados dispositivos, o magistrado de primeiro grau, na oportunidade, também alterou o valor da pensão mensal inicialmente arbitrada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo para o valor correspondente a um salário mínimo, ainda que tal matéria não tenha sido objeto dos aclaratórios, como efetivamente não foi.

Examino, inicialmente, a apelação interposta por Real Previdência e Seguros Ltda.

Observo que o mencionado recurso foi protocolado em 21 de novembro de 2007, antes do julgamento dos embargos de declaração, em 10 de abril de 2008, no qual restou alterado o dispositivo da sentença inicialmente proferida. De salientar, ademais, que as partes foram regularmente intimadas da decisão que apreciou os aclaratórios com efeitos modificativos, mas a primeira apelante deixou transcorrer *in albis* o prazo para aditamento ou ratificação do recurso anteriormente interposto. (fls 318/331 e 341)

Ora, ainda que proferidas em momentos distintos, a decisão embargada e a decisão que julga os embargos formam uma unidade podendo, excepcionalmente, apresentar efeito substitutivo, como leciona Luís Eduardo Simardi Fernandes, *verbis:*

> A nova decisão, proferida em razão da oposição de embargos de declaração, não substitui a decisão anterior, mas a integra. …
> Todavia, entendemos que esse caráter integrativo, em algumas situações especiais, cede lugar ao substitutivo. Estamos nos referindo aos casos em que os embargos de declaração são recebidos com efeitos infringentes, a nosso ver algo plenamente possível.
> Nessas hipóteses, a nova decisão estará, mesmo que parcialmente, modificando a decisão anteriormente proferida, e não poderemos pensar em integração entre elas, na parte em que se chocam.
> Ora, sendo parcialmente antagônicas as decisões, não poderão ser somadas para formar uma decisão única. Na parte em que reside a divergência, temos de aceitar que a nova decisão substitua a primeira, em face da qual se opuseram os embargos.
> Portanto, regra geral, as duas decisões se integram, como se uma única decisão fossem, embora proferidas em momentos diferentes. Todavia, nas hipóteses em que se aceita a modificação do julgado por meio de embargos de declaração, a nova, exclusivamente na parte em que modifica a anterior, irá substituí-la, em face da divergência que impede a integração. Mas no restante, no que não há incompatibilidade, repita-se, haverá integração.

Embargos de Declaração, RT, 2ª ed., p. 153/154

Presente tal ordem de ideias, na ausência de ratificação ou aditamento da apelação interposta contra a sentença embargada, após a intimação da decisão proferida no julgamento dos aclaratórios, parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes, o não conhecimento do recurso inicialmente formalizado é de rigor, consoante jurisprudência indiscrepante do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 284/STF, POR ANALOGIA. **INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO ANTES DE JULGADOS OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE.** PRECEDENTES.
> Quanto à alegada violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil, verifica-se que não explicitou o recorrente quais questões, objeto da irresignação recursal, não foram debatidas pela Corte de origem. Assim, a alegação genérica de violação do art. 535 do CPC atrai a incidência da Súmula n. 284/STF, aplicável por analogia.
> **O recurso de apelação de iniciativa dos autores foi manejado em data anterior ao julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte adversa, não tendo sido reiterado posteriormente, o que conduz à constatação de sua intempestividade.**
> Recurso especial parcialmente conhecido, e, nesta parte, provido.
> Recurso Especial Nº 1.291.489, Rel Min Mauro Campbell Marques, **Segunda Turma**, Unânime, DJ 13/12/2011.
>
> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. **EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. JULGAMENTO PENDENTE. RATIFICAÇÃO DA APELAÇÃO. NECESSIDADE.**
> **- É necessária a ratificação e o aditamento dos termos do recurso de apelação quando, no momento de sua interposição, estiver pendente julgamento dos embargos de declaração.**
> - Negado provimento ao agravo.
> Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 10.064, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 25/11/2011.
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. PROCESSUAL. **APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. FALTA DE REITERAÇÃO OU INTERPOSIÇÃO DE NOVA APELAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE.** VERIFICAÇÃO.
> 1. Os argumentos expendidos nas razões do regimental são insuficientes para autorizar a reforma da decisão agravada, de modo que esta merece ser mantida por seus próprios fundamentos.
> **2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento firme no**

sentido de que a apelação interposta enquanto pendente julgamento de embargos de declaração é precoce, sendo necessária sua ratificação, sob pena de ser considerada extemporânea. Precedentes.
3. O julgamento dos embargos de declaração, especialmente quando com efeito modificativo, integra a decisão embargada, porquanto o contexto decisório recorrível é alterado. Assim, não se poderia vislumbrar a apelação anterior à decisão dos declaratórios.
4. Agravo regimental não provido.
Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.244.560, Rel Min Ricardo Villas Bôas Cueva, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 26/03/2012.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. **APELAÇÃO. PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO.** INEXISTÊNCIA. PREMATURIDADE.
1. A ausência de indicação dos dispositivos legais supostamente violados pelo acórdão recorrido torna patente a deficiência de fundamentação do apelo especial, circunstância que atrai a incidência, por analogia, do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
2. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que é extemporânea a apelação interposta na pendência de julgamento de embargos de declaração, ainda que apresentados pela parte contrária, sendo necessária a sua ratificação no prazo recursal aberto com a publicação do acórdão proferido nos referidos embargos. Precedentes.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.
Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial Nº 86.209, Rel Min Raul Araújo, **Quarta Turma**, Unânime, DJe 02/04/2012.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. **APELAÇÃO INTERPOSTA ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS** OPOSTOS PELA PARTE CONTRÁRIA. **RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE**. PRECEDENTES.
1. De acordo com o entendimento firmado nesta Corte de Justiça, é necessária a ratificação da apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, ainda que estes tenham sido opostos pela parte contrária.
2. Agravo regimental a que se nega provimento.
Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial Nº 50.821, Rel Min Raul Araújo, **Quarta Turma**, Unânime, DJe 01/02/2012.

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CONTRATO DE COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. **APELAÇÃO. PENDÊNCIA DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMATURIDADE RECONHECIDA.**
I. Achando-se pendente o julgamento dos aclaratórios da parte contrária, é inoportuna a interposição de apelação, sem a ratificação posterior dos seus termos, vez que não houve o necessário exaurimento da instância.
II. Recurso especial conhecido em parte e provido.

> Recurso Especial Nº 659.663, Rel Min Aldir Passarinho Junior, **Quarta Turma**, Maioria, DJe 22/03/2010.

Não conheço do recurso, portanto.

Analiso, na sequência, a apelação interposta por Edival Transportes Ltda.

De saída, não conheço da insurgência quanto aos fundamentos de que a sentença é *extra e ultra petita,* de que a correção monetária deve incidir a partir da data da fixação dos danos morais e de que os juros moratórios devem incidir a partir da data da citação e quanto ao pedido de exclusão da condenação por danos morais, porquanto os capítulos sobre tais matérias foram excluídos da sentença pela decisão que apreciou os embargos de declaração interpostos contra a sentença proferida em 12 de fevereiro de 2001.

Examino, de per si, os demais fundamentos recursais.

Relativamente à afirmação de culpa exclusiva ou concorrente da vítima, a prova testemunhal produzida em juízo é inconclusiva e contraditória. As testemunhas inquiridas durante a instrução do feito apresentaram versões díspares e incompatíveis entre si, quanto às circunstâncias nas quais o evento danoso teria ocorrido, *verbis:*

> **"… que o depoente presenciou a tudo e viu quando o ônibus estava em movimento que a porta estava aberta na ocasião da queda da vítima, … que o depoente viu quando a vítima desequilibrou no interior do ônibus e caiu justamente no momento em que o motorista do ônibus freou o veículo."** (fl 150)
>
> "… que o ônibus não estava cheio nem vazio, estava médio, … que a vítima caiu da porta de trás, que a vítima foi advertida pelo trocador de nome Perez, para não ficar encostada na porta, … **que a porta de onde a vítima caiu se abria lentamente, que a porta foi aberta para pegar passageiros,** que da abertura da porta que a vítima caiu." (fls 214/215)
>
> "… que quando do acidente estava dentro do ônibus, … que o ônibus não se encontrava lotado, … **que a porta que a acidentada entrou se encontrava fechada quando em movimento e abriu na parada**, ocasião em que a mesma caiu, **… que o motorista não trafegava com as portas abertas,** ... que o ônibus não estava muito cheio quando do acidente, … que só a vítima estava em pé na parte de trás do ônibus." (fls 216/217)

Ora, a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público e, portando, da apelante, na condição da prestadora de serviço de transporte coletivo, é objetiva, por expressa dicção do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, *verbis:*

> Art. 37.
> § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado

> prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

O Supremo Tribunal Federal, em recente data, reafirmou a responsabilidade civil objetiva das concessionárias ou permissionárias de serviço público, *verbis:*

> **EMENTA: CONSTITUCIONAL. RESPONSABILIDADE DO ESTADO. ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO. PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. CONCESSIONÁRIO OU PERMISSIONÁRIO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA EM RELAÇÃO A TERCEIROS NÃO-USUÁRIOS DO SERVIÇO. RECURSO DESPROVIDO.**
> **I - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público é objetiva relativamente a terceiros usuários e não-usuários do serviço, segundo decorre do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.**
> **II - A inequívoca presença do nexo de causalidade entre o ato administrativo e o dano causado ao terceiro não-usuário do serviço público, é condição suficiente para estabelecer a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito privado.**
> **III - Recurso extraordinário desprovido.**
> **Recurso Extraordinário Nº 591.874, Rel Min Ricardo Lewandowski, Pleno, Maioria, DJ 17.12.2009.**

Acerca do tema, precisas são as palavras do Ministro Celso de Mello, que em tudo e por tudo se aplicam à hipótese dos autos, por força do art. 37, § 6º, da Constituição da República, *verbis:*

> … os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitide, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 – RTJ 71/99 – RTJ 91/377 – RTJ 99/115 – RTJ 131/417) (RTJ 163/1111)

Resta, portanto, configurada a responsabilidade civil da apelante pelo evento descrito na inicial, posto que demonstrados a conduta comissiva, o nexo causal e o dano.

Não é ocioso lembrar que a obrigação de indenizar, na hipótese dos autos,

tem fundamento jurídico autônomo, qual seja, a responsabilidade civil das empresas concessionárias de serviço público, cuja prestação é exigível, independentemente da prova de que a vítima exercia atividade remunerada. Por óbvio, o exercício da trabalho ou profissão pela vítima é de todo irrelevante para o reconhecimento da obrigação de indenizar, em si mesma considerada, embora não o fosse para a fixação da pensão mensal em maior valor, por assim autorizar os ganhos da vítima. Tal é a jurisprudência do STJ sobre o tema, *verbis*:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MORTE DE GENITORA. PENSÃO MENSAL DEVIDA AO FILHO. TERMO FINAL. 25 ANOS DE IDADE.
> 1. Devem ser recebidos como agravo regimental os embargos de declaração que contenham exclusivo intuito infringente.
> **2. No caso de morte de genitora, é devida pensão aos filhos, mesmo que a vítima não exercesse trabalho remunerado,** sendo, neste caso, adotado como base de cálculo o valor do salário-mínimo.
> 3. O fato de o pai do recorrente ter constituído nova família, passando ele a ter uma madrasta após o falecimento da mãe, não afasta o dever legal do responsável pelo óbito de pagar pensão mensal ao filho da vítima.
> 4. Pensionamento devido até a idade em que o filho da vítima completa 25 anos, conforme precedentes do STJ.
> 5. Agravo regimental a que se nega provimento.
> Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 726.827, Rel Min Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, Unânime, DJ 24.02.2012

Registre-se, ainda, que a absolvição do motorista do ônibus, na instância criminal, por ausência de prova da culpa, não tem influência no desfecho do presente caso, em razão da independência das instâncias civil e criminal, consoante dispunha o art. 1525, do CC 1916, e dispõe o art. 925, do CC 2002, *verbis:*

> Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a **existência do fato**, ou **sobre quem seja o seu autor**, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

Observo, ademais, que a sentença proferida em 12 de fevereiro de 2001, condenou a *"parte promovida ao pagamento de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo"*, valor esse que foi alterado pelo magistrado de primeiro grau, de ofício, quando do julgamento dos embargos de declaração, em 10 de abril de 2008, para *"CONDENAR a parte promovida ao pagamento de pensão mensal de (01) salário mínimo"*. (fls 234 e 339)

Impende notar, todavia, que o art. 463, do Código de Processo Civil, expressamente dispõe, *verbis*:

> Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la:
> I - para Ihe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou Ihe retificar erros de cálculo;
> II - por meio de embargos de declaração.

Ao alterar o valor da pensão mensal para um salário mínimo, o juiz de primeiro grau não teve por escopo corrigir inexatidão material ou erro de cálculo. De igual modo, não o fez para sanar algum vício alegado pelo embargante, na forma do art. 535, do Código de Processo Civil, ou ao examinar de ofício matéria de ordem pública.

A rigor, decidiu novamente a matéria, quando estava impedido de fazê-lo, pelo art. 463, do CPC, sendo, nesse particular, nula a segunda decisão, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. SENTENÇA DE EXTINÇÃO DA AÇÃO EXECUTIVA E DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. REAPRECIAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 463, 471 E 473 DO CPC.
> 1. Na mesma lide, nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, salvo se houver previsão legal ou, tratando-se de relação jurídica continuativa, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito.
> **2. O artigo 463 prevê a possibilidade do magistrado alterar o que anteriormente decidiu, desde que ocorrentes inexatidões materiais ou erros de cálculo, o que, por óbvio, não significa possibilidade de reapreciação de questões e de prolação de nova decisão.**
> 3. Uma vez publicada a sentença, inicia-se o prazo para sua impugnação, única via adequada para a rediscussão das matérias já apreciadas.
> 4. Recurso parcialmente conhecido e, no ponto, provido.
> Recurso Especial Nº 415.884, Rel Min Helio Quaglia Barbosa, **Quarta Turma**, Unânime, DJ 05/02/2007, p. 239.
>
> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. ERRO MATERIAL. EXISTÊNCIA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS ACOLHIDOS.
> **1. De acordo com o art. 463 do Código de Processo Civil, norma aplicável também aos tribunais, "publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexatidões materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração."**
> 2. Embargos de declaração acolhidos.
> Embargos de Declaração no Recurso Especial Nº 975.292, Rel Denise Arruda, **Primeira Turma**, Unânime, DJe 16/04/2008.

Há de prevalecer, portanto, a condenação da *"parte promovida ao pagamento de pensão mensal de 2/3 do salário mínimo"*.

Tal pensão é devida até os apelados atingirem a idade de 25 (vinte e cinco)

anos, quando se presume que será concluída sua formação profissional e obtida sua independência financeira. É a inteligência do Superior Tribunal de Justiça sobre a matéria, *verbis:*

> ADMINISTRATIVO – **RESPONSABILIDADE CIVIL** DO ESTADO – DANOS MORAIS E MATERIAIS – **INDENIZAÇÃO**.
> **1. A jurisprudência do STJ sedimentou-se no sentido de fixar a indenização por perda do pai ou progenitor, com pensão ao filho menor até os 24 (vinte e quatro) anos de idade (integralmente considerados), ou seja, até a data de aniversário dos 25 anos.**
> 2. Recurso improvido.
> Recurso Especial Nº 592.671, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJ 17/05/2004, p. 199.
>
> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – **RESPONSABILIDADE CIVIL** DO ESTADO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – SÚMULA 54/STJ – BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – **PENSIONAMENTO** – TERMO FINAL – IDADE DOS FILHOS.
> 1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, o termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, nos moldes da Súmula 54/STJ, não havendo que falar em utilização da citação como parâmetro.
> 2. Nos casos em que há condenação ao pagamento de pensão mensal, a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às parcelas vencidas, acrescidas de mais um ano das prestações vincendas. Precedentes do STJ.
> **3. É firme o entendimento de que o termo final da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, seja a idade em que os beneficiários completem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade.**
> 4. Recurso especial parcialmente provido.
> Recurso Especial Nº 1.002.447, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJ 04/06/2009
>
> Processual civil. Embargos de declaração. Prequestionamento. Súmula nº 98. Aplicação.
> Ação de indenização. **Acidente de trânsito. Veículo automotor e motocicleta. Morte da vítima. Pensão mensal. Idade limite.**
> I – "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório" (Súmula nº 98).
> **II – A pensão devida ao filho menor, em razão de falecimento do seu pai, vítima de acidente de trânsito, deve estender-se até quando aquele completar 25 anos.**
> III – Recurso especial conhecido e provido.
> Recurso Especial Nº 275.274, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Maioria, DJ 03/09/2001, p. 220.
>
> Civil. Recurso especial. **Ação de indenização por danos materiais** e

compensação por danos morais. **Morte por atropelamento da mãe dos autores.** Vítima que contava com setenta e três anos de idade. Pedido de condenação ao pagamento de pensão mensal aos filhos da falecida, não obstante aqueles já ultrapassarem a casa dos cinquenta anos. Ausência de reconhecimento, pelo acórdão, a respeito de serem os filhos portadores de deficiência física e/ou mental incapacitante. Impossibilidade.

- A jurisprudência do STJ é farta em exemplos de julgados que fixaram a data limite ao recebimento de pensão concedida aos filhos por morte de ascendente no momento em que os beneficiários completam 25 anos de vida.

- Na presente hipótese, os pensionados já se encontram em idade madura - todos com mais de cinquenta anos. Não é mais necessário apoio material familiar para que os filhos desenvolvam suas potencialidades.

- As instâncias ordinárias não reconheceram nenhuma situação que pudesse excepcionar tal regra - pois não houve menção a qualquer condição especial de um ou mais filhos no sentido de conviverem com deficiência física ou mental incapacitante.

Recurso especial provido.

Recurso Especial Nº 970.640, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJ 01/07/2010.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **RESPONSABILIDADE CIVIL. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. MORTE DE TRANSEUNTE.** CONCORRÊNCIA DE CULPAS DA VÍTIMA E DA EMPRESA FERROVIÁRIA. DANO MORAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. DATA DO ARBITRAMENTO. 13º SALÁRIO. NÃO COMPROVAÇÃO DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA PELA VÍTIMA. IMPROCEDÊNCIA. **PENSÃO DEVIDA AO FILHO DA VÍTIMA.** LIMITE ETÁRIO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça reconhece a concorrência de culpas da vítima de atropelamento em via férrea e da concessionária de transporte ferroviário, porquanto cabe à empresa fiscalizar e impedir o trânsito de pedestres nas suas vias.

2. Dano moral fixado em razão da perda da genitora em valor condizente com a linha dos precedentes do STJ.

3. Não comprovado o exercício de atividade remunerada pela vítima, não procede o pedido de 13º salário.

4. Pensionamento devido até a idade em que o filho menor da vítima completa 25 anos, conforme precedentes do STJ.

5. A correção monetária deve incidir a partir da fixação de valor definitivo para a indenização do dano moral. Enunciado 362 da Súmula do STJ.

6. Os juros moratórios devem fluir, no caso de indenização por dano moral, a partir da data do julgamento em que foi arbitrada a indenização (REsp nº 903.258/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Isabel Gallotti, julgado em 21.06.2011).

7. Recurso especial parcialmente provido.

Recurso Especial Nº 494.183, Rel Min Maria Isabel Gallotti, **Quarta Turma**, Unânime, DJe 09/09/2011.

RESPONSABILIDADE CIVIL. PENSÃO MENSAL. LIMITE DO PENSIONAMENTO. ABATIMENTO DE VALORES PAGOS A TÍTULO

DE SEGURO DE VIDA.
- Termo final do pensionamento devido às filhas menores da vítima. Fixação em 24 anos, considerado que, nessa idade, as beneficiárias já terão concluído a sua formação, inclusive em nível universitário.
- Abatimento dos valores pagos a título de seguro de vida: dissenso interpretativo não suscetível de configuração.
Recurso especial conhecido, em parte, e provido.
Recurso Especial Nº 333.462, Rel Min Barros Monteiro, **Quarta Turma**, Unânime, DJ 24/02/2003, p. 238.

Fica assegurado, por ser decorrência lógica do pedido inicial, o direito de acrescer do beneficiário que por último atingir a idade limite, a partir da data em que o mais longevo, atingindo-a, perderá o direito ao pensionamento.

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. **INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS.** MORTE DE PAI DE FAMÍLIA. **PENSÃO MENSAL. DIREITO DE ACRESCER. CABIMENTO.** DECORRÊNCIA LÓGICA DO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO. JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. INEXISTÊNCIA.
1. Admite-se o direito de acrescer nas hipóteses em que há mais de um beneficiário de pensão mensal paga em decorrência de ilícito civil. Precedentes.
2. Não ocorre julgamento extra petita se o Tribunal decide questão que é reflexo do pedido contido na petição inicial. Precedentes.
3. O direito de acrescer decorre logicamente do pedido formulado na petição inicial das ações de natureza indenizatória, cujo escopo é recompor o estado das coisas existente antes do evento danoso. Assim, o direito de acrescer encontra fundamento no fato de que a renda da vítima sempre seria revertida em benefício dos demais familiares quando qualquer deles não mais necessitasse dela.
4. Não se afigura razoável que, cessado o direito de um dos familiares ao recebimento da pensão, o valor correspondente simplesmente deixe de ser pago pelo réu. Para manter a coerência da premissa que justifica a própria imposição da pensão mensal - de que o pai de família participaria do orçamento doméstico até a sua morte natural - esta deve continuar a ser paga integralmente. A saída de um dos filhos do núcleo familiar não permite inferir que a contribuição do pai diminuiria; apenas significa que esse valor seria distribuído de forma diferente.
Recurso especial a que se nega provimento.
Recurso Especial Nº 1.155.739, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 10/10/2011.

CIVIL E PROCESSUAL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DIREITO DE ACRESCER.** COMPREENSÃO NO PEDIDO. MATÉRIA DE FATO. SÚMULA N. 7-STJ. INCIDÊNCIA.
I. O acréscimo que se faz da parcela da pensão de cada beneficiário que deixa, por qualquer motivo, de percebê-la, aos demais, constitui parte integrante do próprio pedido de pensionamento, inexistindo violação ao

art. 128 do CPC ao ser assim disciplinado pelo acórdão estadual.
II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" Súmula n. 7 – STJ.
III. Agravo improvido.
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº 430.115, Rel Min Aldir Passarinho Junior, **Quarta Turma**, Unânime, DJ 09/09/2002, p. 233.

Para os fins do disposto no art. 20, caput, do CPC, fixo os honorários em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação, como tal considerado o somatório das parcelas vencidas e doze parcelas vincendas, em conformidade com a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – **RESPONSABILIDADE CIVIL** DO ESTADO – TERMO INICIAL DOS JUROS DE MORA – SÚMULA 54/STJ – BASE DE CÁLCULO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – **PENSIONAMENTO** – TERMO FINAL – IDADE DOS FILHOS.
1. A jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que, nos casos de responsabilidade objetiva do Estado, o termo inicial dos juros de mora é a data do evento danoso, nos moldes da Súmula 54/STJ, não havendo que falar em utilização da citação como parâmetro.
2. Nos casos em que há condenação ao pagamento de pensão mensal, a base de cálculo dos honorários advocatícios corresponde às parcelas vencidas, acrescidas de mais um ano das prestações vincendas. Precedentes do STJ.
3. É firme o entendimento de que o termo final da pensão devida ao filho menor em decorrência da morte do pai, seja a idade em que os beneficiários completem vinte e cinco anos de idade, quando se presume terem concluído sua formação, incluindo-se a universidade.
4. Recurso especial parcialmente provido.
Recurso Especial Nº 1.002.447, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJe 04/06/2009.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACIDENTE AÉREO. MORTE DE FILHA. **VALOR DA PENSÃO.** REDUÇÃO A PARTIR DA DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 25 ANOS. QUANTIFICAÇÃO DOS DANOS MORAIS. **HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. PARCELAS VENCIDAS E UM ANO DAS VINCENDAS.** EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROCRASTINATÓRIO QUE NÃO SE COADUNA COM O EXPLÍCITO CARTÉR PREQUESTIONADOR DO RECURSO. MULTA AFASTADA. SÚMULA 98/STJ. APLICAÇÃO.
- É inviável, em sede de recurso especial, o reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7/STJ.
- O responsável pela morte de filha trabalhadora deve, aos familiares desta, pensão alimentícia mensal, fixada no patamar de 2/3 da remuneração da vítima até a idade em que ela completaria 25 anos e, desde então, reduz-se tal valor pela metade, pois se presume que ela constituiria família,

diminuindo o auxílio a seus parentes.
- Consignado que a vítima era empregada assalariada, a pensão fixada em favor de seus familiares deve contemplar os valores relativos a férias. Precedentes.
- A jurisprudência do STJ indica que as hipóteses de morte, em especial de filho, vêm sendo compensadas com o valor de até 500 salários mínimos para cada familiar afetado. Precedentes.
- Considerando as peculiaridades da hipótese sob análise, é razoável a fixação de quantia equivalente a aproximadamente R$ 190.000,00 (cento e noventa mil reais) como apta a compensar os danos morais causados a cada um dos três autores (pais e irmão da vítima) pelo acidente aéreo em questão.
- Não há que se falar em sucumbência recíproca quando os autores decaem de parte mínima de seu pedido.
- Os honorários de sucumbência, quando há necessidade de pensionamento, devem ser fixados em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas. Precedentes.
- Merece reforma o acórdão que, ao julgar embargos de declaração, impõe multa com amparo no art. 538 do CPC, se o recurso foi interposto com expressa finalidade de prequestionar. Inteligência da Súmula 98/STJ.
Recursos especiais parcialmente providos.
Recurso Especial Nº 1.137.708, Rel Min Nancy Andrighi, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 06/11/2009.

CIVIL E PROCESSUAL. **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRÂNSITO**. ABALROAMENTO DE VEÍCULO ESTACIONADO POR CULPA DA RÉ. EXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA. REVISÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. **VALOR DO RESSARCIMENTO. MANUTENÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL. HONORÁRIOS. BASE DE CÁLCULO.** CONDENAÇÃO. SÚMULAS N. 7 E 54-STJ.
I. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" - Súmula n. 7-STJ.
II. Não se justifica a excepcional intervenção do STJ quando o valor do dano moral foi fixado em patamar que não excede aquele admitido em casos análogos.
III. Em caso de responsabilidade extracontratual, ainda que objetiva, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula n. 54 do STJ).
IV. Honorários advocatícios incidentes sobre a condenação, assim consideradas as verbas vencidas e doze das prestações vincendas.
V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.
Recurso Especial Nº 737.708, Rel Min Aldir Passarinho Junior, **Quarta Turma**, Unânime, DJ 13/08/2007, p. 374.

AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS PROPOSTA CONTRA EMPRESA DE TRANSPORTE COLETIVO. MORTE POR ATROPELAMENTO CAUSADO PELO PREPOSTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
No caso de pensionamento, o capital necessário a produzir a renda

> correspondente às prestações vincendas nunca deve integrar a base de cálculo da verba honorária.
> **Os honorários advocatícios**, relativamente às prestações vincendas, devem ser arbitrados observando-se os critérios do § 4º do artigo 20, CPC, que trata das causas de valor inestimável.
> Adstrita a discussão às teses postas no âmbito dos embargos de divergência, mantém-se o v. acórdão embargado que decidiu serem os honorários advocatícios **devidos em percentual sobre o somatório dos valores das prestações vencidas mais um ano das vincendas**, não sendo aplicável o disposto no § 5º do artigo 20, CPC.
> Embargos de divergência rejeitados.
> Embargos de Divergência no Recurso Especial Nº 109.675, Rel p/Acórdão Min Cesar Asfor Rocha, **Corte Especial**, Maioria, DJ 29/04/2002, p. 151.

Considerando que o pedido inicial consistiu na condenação ao pagamento de danos materiais no valor mensal de 1 (um) salário mínimo, até a data em que a vítima, falecida aos 24 (vinte e quatro) anos, atingiria a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, e que o valor da pensão mensal a ser paga aos autores corresponderá a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até a idade em que os beneficiários atingirem a idade de 25 (vinte e cinco) anos, a obrigação de pagar será extinta no mês de abril de 2020 e não em maio de 2038, como requerido na petição inicial, tenho por configurada a sucumbência recíproca, distribuída entre as partes em igual proporção, na forma do art. 21, do CPC.

Forte em tais razões, conheço parcialmente da apelação interposta por EDIVAL TRANSPORTES LTDA, para dar-lhe parcial provimento, fixando a pensão mensal no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, até os apelados atingirem a idade de 25 (vinte e cinco anos), assegurado o direito de acrescer, e não conheço do recurso apelatório interposto por REAL PREVIDÊNCIA E SEGUROS LTDA.

É como voto.

Fortaleza, 27 de agosto de 2012.

Nº PROCESSO: 0003907-73.2002.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 5ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: BANCO DO BRASIL S/A
APELADO: ANTÔNIO FERNANDES MARTINS
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ002

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS. PROTESTO DE DUPLICATAS FALSAS. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO DE FORMA INDEVIDA. IMPOSSIBILIDADE. DANO MORAL CONFIGURADO. DEVER DE INDENIZAR. VALOR INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL.

1. Verifica-se no caso, a responsabilidade do banco Apelante. É que, como as duplicatas estão desacompanhadas de nota fiscal, do aceite e dos respectivos comprovantes de entrega das mercadorias, o Recorrente não poderia levar os títulos referidos a protesto, já que as cártulas se encontram manifestamente irregulares.

2. A conduta do Recorrente não pode ser considerada como exercício regular de direito, tendo em vista que o mesmo protestou as duplicatas sem a devida cautela operacional, assumindo o risco dos seus negócios.

3. Os títulos indevidamente levados a protesto provocam dano à reputação da pessoa atingida pela providência indevida, à sua credibilidade como entidade que opera no mercado de negócios próprio dos seus afazeres, de forma que o ato culposo e ofensivo do bom nome é passível de ser indenizado.

4. Se faz imperiosa a redução da verba indenizatória determinada no Juízo de primeiro grau, já que o valor arbitrado está bem acima do que o decidido pela jurisprudência pátria em casos desta jaez. Deve-se então, reduzir o valor do dano moral para R$ 8.000,00 (oito mil reais).

APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0003907-73.2002.8.06.0000, em que figuram, como Apelante BANCO DO BRASIL S/A e, como Apelado ANTÔNIO FERNANDES MARTINS, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PARCIAL

PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na Ação de Anulação de Duplicadas c/c Cancelamento de Protesto e Reparação de Dano Moral, ajuizada por ANTÔNIO FERNANDES MARTINS em face do BANCO DO BRASIL S/A e de COMÉRCIO CONSTRUÇÃO E FERRAGENS JASIL LTDA, em que o Autor aduz que jamais adquiriu um bem ou produto da segunda Promovida; que esta empresa sacou um enorme números de duplicatas frias, descontando e caucionando junto ao banco Promovido, e que, esta instituição financeira resolveu protestar as falsas duplicadas.

Em Contestação de fls. 62/66, o Banco do Brasil S/A alega que os títulos foram protestados como forma de resguardar direito de regresso contra os endossantes e avalistas e que agiu no exercício regular de um direito.

Devidamente citada, a segunda Promovida deixou fluir *in albis* o prazo assinalado para a contestação.

Na ocasião, o douto Juízo monocrático julgou procedente a ação, determinando o cancelamento do protesto; a retirada do nome do Promovente dos órgãos de proteção ao crédito; a anulação das duplicatas; e, a condenação dos Promovidos ao pagamento de R$ 48.119,70 (quarenta e oito mil, cento e dezenove reais e setenta centavos) cada um, em face dos danos morais causados. Condenou ainda os Requeridos, ao pagamento das custas e honorários, na base de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

É o que se lê às fls. 128/134.

Em decisão de fls. 141/142, foi julgado procedente os Embargos de Declaração, para assegurar ao Banco do Brasil S.A, o direito de regresso da quantia paga a título de danos morais contra a empresa Comércio Construção e Ferragens Jasil Ltda.

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

É o conteúdo das fls. 144/150.

Contrarrazões às fls. 154/158.

Em parecer ministerial de fls. 169/172, foi opinado pelo reconhecimento da ilegitimidade passiva do Apelante.

Às fls. 250, foi determinada a redistribuição do feito, tendo em vista o teor da Portaria nº. 154/2011.

É o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

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

Verifica-se no caso, a responsabilidade do banco Apelante. É que, como as duplicatas estão desacompanhadas de nota fiscal, do aceite e dos respectivos comprovantes de entrega das mercadorias, o Recorrente não poderia levar os títulos referidos a protesto, já que as cártulas se encontram manifestamente irregulares.

Assim, deveria o Apelante ter observado toda documentação suficiente para a regularidade das cártulas, até porque, não se pode olvidar, que diariamente realizam negócios jurídicos envolvendo títulos de crédito, tendo os bancos, portanto, ciência dos pressupostos necessários para o protesto regular.

Na realidade, a conduta do Recorrente não pode ser considerada como exercício regular de direito, tendo em vista que o mesmo protestou as duplicatas sem a devida cautela operacional, assumindo o risco dos seus negócios.

Cumpre ressaltar ainda, que os títulos indevidamente levados a protesto provocam dano à reputação da pessoa atingida pela providência indevida, à sua credibilidade como entidade que opera no mercado de negócios próprio dos seus afazeres, de forma que o ato culposo e ofensivo do bom nome é passível de ser indenizado.

Neste sentido:

> CIVIL E PROCESSUAL. DUPLICATA PROTESTADA INDEVIDAMENTE. AÇAO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. PAGAMENTO EFETUADO JUNTO AO PRÓPRIO BANCO QUE RECEBEU A CÁRTULA POR ENDOSSO-MANDATO. RESPONSABILIDADE, NA ESPÉCIE. I. É o banco civilmente responsável, quando, ainda que recebendo o título mediante mero endosso-mandato, procede ao protesto da cártula inobstante tivesse havido o prévio pagamento da dívida mediante recolhimento a favor da sacadora junto à própria instituição financeira. II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula 7/STJ). III. Recurso especial não conhecido. (REsp 297.430/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 06.02.2007, DJ 26.02.2007 p. 592)
>
> RECURSO ESPECIAL. AÇAO DE INDENIZAÇAO. DANOS MORAIS. PROTESTO INDEVIDO DE DUPLICATA PAGA NO VENCIMENTO. PESSOA JURÍDICA. BANCO ENDOSSATÁRIO. ENDOSSO-MANDATO. CIÊNCIA DO PAGAMENTO. LEGITIMIDADE PASSIVA. PROVA DO DANO. PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 42 DO CDC. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NAO COMPROVADA. 1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que o Banco endossatário tem legitimidade passiva para figurar na ação de indenização e deve responder pelos danos causados à sacada em decorrência de protesto indevido de título cambial. (...) Precedentes: REsp. 285.732/MG, Rel. Min.

> CESAR ASFOR ROCHA, DJ 12.05.03; REsp. 327.828/MG, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 08.04.02; REsp 259.277/MG, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JÚNIOR, DJ 19.08.02; REsp. 185.269/SP, Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, DJ 06.11.2000). 2. O protesto de título já quitado acarreta prejuízo à reputação da pessoa jurídica, sendo presumível o dano extrapatrimonial que resulta deste ato. Consoante reiterada jurisprudência desta Corte, "é presumido o dano que sofre a pessoa jurídica no conceito de que goza na praça em virtude de protesto indevido, o que se apura por um juízo de experiência" (Cfr. REsp. 487.979/RJ, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ 08.09.2003). Precedentes. (…) 5. Recurso não conhecido. (REsp 662.111/RN, Rel. Ministro JORGE SCARTEZZINI, QUARTA TURMA, julgado em 21.09.2004, DJ 06.12.2004 p. 336)

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

Resta assim, comprovada a conduta negligente do Apelante, o dano causado ao Promovente que teve seu nome incluído indevidamente em órgão de restrição ao crédito.

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

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

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

> "Nos termos da jurisprudência da Turma, em se tratando de indenização decorrente da inscrição irregular no cadastro de inadimplentes, a exigência de prova de dano moral se faz com a demonstração da inscrição irregular nesse cadastro." (STJ – Recurso Especial 165727, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJU de 21/09/98, p. 196).

> "Dispensa-se a prova de prejuízo para demonstrar a ofensa ao moral humano, já que o dano moral, tido como lesão à personalidade, ao âmago e à honra da pessoa, por vezes é de difícil constatação, haja vista os reflexos atingirem parte muito própria do indivíduo – o seu interior." (STJ - Recurso Especial 85019, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJ de 18/12/1998)

Quanto ao dano moral, é pacífico na jurisprudência pátria que a inscrição

indevida nos cadastros de proteção ao crédito enseja dano moral, independentemente de prova:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. INDENIZAÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO. DESNECESSIDADE. DANO IN RE IPSA. VALOR ARBITRADO MODERADAMENTE. AGRAVO IMPROVIDO. I. A jurisprudência do STJ é uníssona no sentido de que a inscrição indevida em cadastro restritivo gera dano moral *in re ipsa*, sendo despicienda, pois, a prova de sua ocorrência. (...) III. Agravo improvido". (AgRg no Ag 1222004/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJe 16/06/2010).

Na falta de parâmetros objetivos definidos para a fixação da indenização, tem-se solidificado o entendimento no sentido de que não deve a mesma ser de tal ordem que se torne em enriquecimento, nem tão ínfima que possa perder sua finalidade. Para tanto, tem-se entendido que devem ser considerados no arbitramento de seu valor, aspectos como a maior ou menor lesão, a intensidade do dolo ou culpa do agente, assim como a condição socioeconômica do ofensor e do lesado para que não se perca em puro subjetivismo.

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

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

Deste modo, se faz imperiosa a redução da verba indenizatória determinada no primeiro grau, já que o valor arbitrado está bem acima do que o decidido pela jurisprudência pátria em casos desta jaez. Deve-se então, reduzir o valor do dano moral, para R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da Apelação interposta, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, somente para reduzir o valor da condenação do Banco do Brasil S.A, para o valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), mantendo os demais termos da sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

Apelação Cível nº: 0516701-37.2000.8.06.0001
Apelante: Maria Diana Freire Faustino
Apelados: Fátima Maria Rocha Figueiredo
Órgão Julgador: 7ª Câmara Cível
Relator: Desembargador Francisco Bezerra Cavalcante

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA EM ADITIVO DE CONTRATO SOCIAL. INSTAURAÇÃO DE INQUÉRITO POLICIAL. DENUNCIAÇÃO CALUNIOSA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO. DÚVIDA FUNDADA SOBRE A AUTORIA. REGULAR EXERCÍCIO DE DIREITO. ATO ILÍCITO INEXISTENTE. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1 - De acordo com precedentes do STJ, a acusação falsa na denunciação caluniosa deve ser objetiva e subjetivamente falsa, ou seja, contrária à verdade dos fatos e com a certeza, por parte do acusador, acerca da inocência da pessoa à qual atribui o crime, o que não se verifica na espécie.

2 - A instauração de inquérito policial para apurar denúncia de prática de crime de falsificação de assinatura, medida que segundo a autora lhe teria trazido humilhação, na verdade consistiu em regular exercício de um direito, ante fundada desconfiança de ter sido sua a autoria do delito.

3 - Não se há de falar em indenização por dano moral ou por danos materiais, quando inexiste prática de ato ilícito.

4 - Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0516701-37.2000.8.06.0001, 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 conhecê-la e negar-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de apelação cível em face de sentença prolatada pela MMa. Juíza de Direito Titular da 29ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos de

Ação de Ordinária de Reparação de Danos, interposta por **MARIA DIANA FREIRE FAUSTINO**, em desfavor de **FÁTIMA MARIA ROCHA FIGUEREDO**.

Adoto em parte o relatório da rr. decisão de fls. 361/364:

> "Vistos etc,
> (…)
> Inicial de fls. 02/14, a autora aduziu que: a) a promovida é sócia quotista da firma IDEROF CONTRUÇÕES LTDA, com 21% do capital social, juntamente com a promovente, como sócia gerente, com 79% do respectivo capital; b) foi, deliberadamente e sem justa causa, acusada pela promovida, mediante *noticia criminis* por ela entregue à Delegacia de Crimes Contra a Fé Pública de ter falsificado sua assinatura no quadro aditivo ao contrato social da empresa; c) decorrido seis meses após a assinatura do aditivo, tomou conhecimento do fato; d) ao descobrir o fato, de pronto, procurou a promovente que recusando encontrá-la, solicitou a abertura de inquérito policial; d) a autoridade policial competente mandou realizar perícia grafotécnica junto ao instituto criminalista, cujo laudo confirmou a suspeita; e) o representante do Ministério Público entendeu inexistir justa causa para a deflagração da presente ação penal, que foi prontamente determinado pelo magistrado; f) tomou conhecimento que a falsificação teria sido feita por outra pessoa, identificada como Maria Lindete dos Santos que confessou; g) sofreu dano moral e material pelo evento. Documentos às fls. 15/122, inclusive, cópia do inquérito criminal e do documento que contém a assinatura considerada falsificada."

A promovida apresentou contestação às fls. 153/159 e documentos de fls. 161/167.

Na parte dispositiva do referido *decisum,* a MMa. Juíza, julgou da seguinte forma:

> "Ante o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, julgo improcedente a presente ação, extinguindo o processo com resolução de mérito, em conformidade com o Art. 268, I do CPC."

Irresignada com a referida decisão, a apelante apresentou recurso de apelação às fls. 368/381, na qual aduz, em síntese: **a)** que a apelada teria agido com dolo ao fazer *noticia criminis* contra a apelante, sem fundamento legal; **b)** que a apelante teria sofrido danos materiais e morais. Postula, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso apelatório.

A apelada apresentou contrarrazões às fls. 386/391.

Após sucessivas redistribuições, vieram-me conclusos os autos.

À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, **conheço** do apelo e

passo doravante a apreciá-lo.

Os autos tratam de Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais ajuizada por Maria Diana Freire Faustino em face de Fátima Maria Rocha Figueiredo. A vestibular (fls. 04/17) narra que as partes litigantes eram sócias da firma IDEROF Construções Ltda., sendo a autora sócia majoritária, com 79% do capital. Diz que, em 27.01.2000, a parte promovida deu entrada em *notitia criminis* acusando a demandante de ter falsificado sua assinatura em aditivo ao contrato social da aludida empresa. Em razão disso, informa a promovente que se submeteu a perícia grafotécnica no Instituto de Criminalística, tendo sido a conclusão no sentido de que não foram apresentados elementos gráficos convergentes entre a assinatura falsificada e o padrão gráfico que forneceu. Prossegue dizendo que, uma vez remetido o inquérito ao Poder Judiciário, este determinou o arquivamento do caderno investigatório.

Aduz ainda que a acusação da demandada foi maldosa e leviana, eis que esta tinha consciência de que a ora promovente não era a autora da falsificação, o que inclusive levou à formulação de denúncia contra a Sra. Fátima Maria pelo crime de denunciação caluniosa. Assevera, por fim, que toda essa situação lhe trouxe constrangimento e humilhação, acarretando-lhe danos tanto morais quanto materiais, haja vista que teve que arcar com o pagamento de honorários de advogado que a representasse durante o trâmite do inquérito.

Na contestação (fls. 153/159), a requerida esclarece que o que na verdade ocorreu é que, ao tomar conhecimento do 4º aditivo ao contrato social da IDEROF, o qual sem seu conhecimento alterava a sede da empresa, constatou a existência de assinatura sua falsificada no documento. Isso lhe levou a buscar esclarecimentos com a autora, todavia, esta se negou a prestá-los, recusando-se a receber a Sra. Fátima Maria. Foi nesse contexto que a promovida procurou as vias legais, no caso a prestação de *notitia criminis*, a fim de apurar a falsificação.

Ao sentenciar o feito (fls. 361/364), a douta magistrada de piso julgou-o improcedente, por reputar inexistente dolo ou culpa no comportamento da demandada, a qual teria agido acobertada pelo seu dever de sócia.

Tendo em vista o desfecho desfavorável à sua pretensão, a autora interpôs recurso de apelação (fls. 369/381), insistindo no argumento de que a promovida-apelada tinha consciência da falsidade da acusação que fez e que deu origem a inquérito policial. Nesses termos, pleiteou a reforma do decreto sentencial e a consequente condenação da Sra. Fátima Maria ao pagamento de danos morais e materiais. Todavia, a análise detida dos autos e do conjunto probatório produzido demonstra o acerto do *decisum* singular, que não está a merecer qualquer sorte de reparo.

A teor da jurisprudência consolidada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a denunciação caluniosa exige: 1) a individualização da pessoa acusada, 2) a imputação falsa de delito e 3) a consciência do denunciante acerca da inocência do denunciado. Desse modo, percebe-se que, de acordo com esse entendimento, a acusação falsa na denunciação caluniosa deve ser tanto objetiva como subjetivamente falsa, ou

seja, o acusador deve ter certeza acerca da inocência da pessoa à qual atribui o crime, o que não se verifica na espécie, uma vez que inexiste nos autos prova, ou sequer indício, de que a Sra. Fátima Maria sabia da inocência da Sra. Diana.

O trecho do depoimento prestado pelo irmão da demandada, que a apelante busca utilizar como prova de que esta tinha sim consciência de estar formulando acusação falsa, não serve a este desiderato, eis que, se lido na íntegra, observa-se o seguinte:

> "(...) o mesmo informa ser sabedor que a falsificação foi feita pela Sra. MARIA LINDETE DOS SANTOS, esta que trabalha no escritório do contador ALBECI, o qual é contador da empresa retro nominada; (…) **que, Maria Lindete não disse porque tinha feito a assinatura, porém afirmou que assim procedeu a mando de Maria Diana**;"

Ora, de acordo com o depoimento a Sra. Maria Lindete teria efetuado a falsificação a mando da autora-apelante, fato este que, aliado à recusa desta em prestar explicações à apelada sobre a assinatura constante do 4º aditivo ao contrato social da IDEROF, justifica a desconfiança da Sra. Fátima Maria de que teria sido sua sócia a mentora do ilícito. Em sendo assim, ao dar entrada na *notitia criminis* cuja cópia repousa às fls. 38/39, nada mais fez do que agir em exercício regular de direito seu, não só como sócia, mas também como cidadã.

Observe-se que não se há de falar em dano moral ou danos materiais, pois não houve prática de ato ilícito que pudesse render ensejo ao seu arbitramento. Como dito, a instauração de inquérito policial para apurar denúncia de prática de crime de falsificação de assinatura, medida que segundo a autora lhe teria trazido humilhação, na verdade consistiu em regular exercício de um direito, ante fundada desconfiança de ter sido da Sra. Diana a autoria do delito.

A respeito da ausência de obrigação de indenizar no caso de inexistência de ato ilícito, colho da jurisprudência os arestos que seguem colacionados:

> "REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS - CONTRATO BANCÁRIO - CONTRATO DE ABERTURA DE CONTA CORRENTE E LIMITE DE CRÉDITO - PROTESTO E NEGATIVAÇÃO DO NOME DO CORRENTISTA - LIMITAÇÃO DOS JUROS BANCÁRIOS - CAPITALIZAÇÃO DE JUROS - REVELIA DO BANCO
> - Sentença de improcedência do pedido indenizatório e do pedido revisional - Apelo do autor - Dano moral e material não caracterizado, já que existente a divida, não podendo o banco responder pela devolução dos cheques, já que confessadamente sem fundos - Saldo negativo em conta corrente que autoriza protesto e negativação - **Inexistência de ato ilícito para configurar dano moral e material**, inobstante a revelia - - Juros capitalizados - Ilegalidade, observando-se ser o contrato, de 2004, posterior à Medida Provisória que passou a autorizar essa prática - Limitação de juros a 12% ao ano - Inaplicabilidade do §3º do artigo 192 da CF - Inteligência

da Súmula Vinculante n. 07 - RECURSO DO AUTOR PROVIDO EM PARTE." (TJ/SP, AC nº 7.156.992-1, 24ª Câmara de Direito Privado, Relª. Desª. Graciela Salzman, DJ de 03.02.2009)

"CIVIL E PROCESSUAL CIVIL APELAÇAO CÍVEL - AÇAO DE INDENIZAÇAO - **DANO MORAL - NAO CONFIGURAÇAO - INEXISTÊNCIA DE PROVA DE ATO ILÍCITO** - RECURSO IMPROVIDO.
1. **Para a configuração de dano moral, há de se comprovar os requisitos legais consubstanciados no fato ilícito, no dano e no nexo de causalidade entre eles**.
2. Nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, compete ao autor provar o fato constitutivo de seu alegado direito." (TJ/ES, AC nº 024049007008, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Annibal de Rezende Lima, DJ de 08.02.2007)

"PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. NÃO COMPROVAÇÃO DOS FATOS NARRADOS. INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 333, I, DO CPC. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
1. **Conquanto não haja necessidade de prova da dor, do sofrimento, é imprescindível, para a caracterização do dever de indenizar, a demonstração da ocorrência do próprio fato ofensivo**.
2. No caso, a prova produzida no curso da instrução processual não permite juízo de certeza quanto à versão dos fatos exposta na inicial. Relevância ao princípio da identidade física do juiz, que por estar em contato direto com as partes e testemunhas, encontra-se em melhores condições de avaliar o conjunto probatório.
3. Autora que não se desincumbiu do ônus de provar o fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 333, I, do CPC.
3. Recurso conhecido e não provido." (TJ/CE, AC nº 4818872200680600011, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho, j. 07.12.2011)

Ante as razões delineadas, conheço do recurso, mas lhe nego provimento. É como voto.

Fortaleza/CE, 13/11/ de 2012.

Nº PROCESSO: 0572758-75.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: REEXAME NECESSÁRIO
AUTOR: M. AMARANTES REPRESENTAÇÕES E IMÓVEIS LTDA.
RÉU: FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
aj007

EMENTA: TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA DO MUNICÍPIO PELO NÃO PAGAMENTO DE IPTU INDEVIDO EM FACE DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL. NÃO COMUNICAÇÃO DO FATO QUE DESAUTORIZA A INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. PROCESSO DE DESAPROPRIAÇÃO INICIADO ANTERIORMENTE À COBRANÇA DO IMPOSTO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. DECLARADA A INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. SENTENÇA MANTIDA. REEXAME NECESSÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1) No caso descrito, pelo princípio da razoabilidade, conclui-se que o processo de desapropriação foi iniciado anteriormente à cobrança de IPTU, a partir do qual, entende-se que é autorizada a responsabilidade do expropriante de pagar o imposto, desobrigando a parte autora.

2) O contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título, nos termos do art. 34 do CTN. Assim, o titular do imóvel é o responsável pela obrigação tributária.

3) Reexame necessário conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do Reexame Necessário nº 0572758-75.2000.8.06.0001, em que figuram, como partes M. AMARANTES REPRESENTAÇÕES E IMÓVEIS LTDA. e a FAZENDA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA/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

Examinada, trata-se de Reexame Necessário em Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária cumulada com Danos Morais e Tutela Antecipada

movida por M. Amarantes Representações de Imóveis Ltda. em face da Fazenda Pública do Município de Fortaleza. A autora aduz que teve seu nome lançado na Dívida Ativa Pública Municipal, assim como nos órgãos de restrição de crédito (CADIN, SPC e SERASA) a mando da ré, em razão de dívida fiscal referente ao IPTU de imóvel que lhe pertencera. Sustenta a promovente que o imóvel não é de sua propriedade, tampouco lhe detém a posse ou o domínio útil, descaracterizando, assim, o fato gerador do tributo (IPTU). Afirma ter sofrido sérias consequências em sua reputação comercial e pede indenização por danos morais no valor de cento e uma vezes o valor do título cobrado indevidamente, além de requerer a exclusão de seu nome, por meio de tutela antecipada, dos cadastros de restrição de crédito vinculados à requerida.

Em contestação às fls. 57/70, a promovida alega que a autora não cumpriu com sua obrigação acessória de comunicar a transferência do imóvel em questão, não tendo sido possível, assim, atualizar seu cadastro imobiliário junto ao Município e cobrar o pagamento do imposto ao devido titular do imóvel.

Réplica às fls. 73/79.

Indeferimento do pedido de Antecipação da Tutela às fls. 103.

MP se posiciona pela procedência da ação às fls. 117/118.

Na sentença às fls. 120/124, o juizo de origem decide pela procedência da ação com o fim específico de declarar a inexistência de obrigação tributária da autora, uma vez que o imóvel fora expropriado pelo Estado do Ceará, como demonstra documentação. O pedido de indenização por danos morais foi julgado improcedente, haja vista que a autora concorreu em erro quando não cumpriu com sua obrigação acessória de comunicar à prefeitura sobre a expropriação do imóvel tributado.

Inexistiu apelação, subindo-se os autos por ocasião do Reexame Necessário.

Redistribuição dos autos pela Portaria nº 154/2011 às fls. 147.

É o breve relatório.

Fortaleza, 23 de Maio de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, por estarem 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.

A situação em tela trata-se de Ação Declaratória de Inexistência de Relação Tributária cumulada com Danos Morais e Tutela Antecipada. A autora pleiteia a declaração de inexistência da obrigação de pagar o IPTU referente a um imóvel que fora expropriado pelo Estado do Ceará, além de requerer a obtenção, por antecipação de tutela, da exclusão de seu nome dos órgãos de restrição ao crédito junto à requerida. Ademais, a promovente objetiva também à indenização por danos morais, já que, apesar de não deter a posse ou a propriedade do bem, teve seu nome inscrito na Dívida Ativa Pública do Município de Fortaleza.

Adentrando no mérito, como bem pontuou o douto juízo que prolatou a sentença, a matéria versada nos autos é unicamente de direito, podendo-se obter as provas a partir dos documentos acostados aos autos.

Partindo-se, portanto, desse conjunto probatório apresentado, observa-se pela análise da certidão emitida pelo Cartório de Registro Imobiliário da 5ª Zona que o imóvel objeto desta ação fora expropriado pelo Estado do Ceará e que a escritura pública de desapropriação é datada do dia 02 de agosto de 2000, enquanto a Cédula de Dívida Ativa acusa débito referente ao imposto desde 1996. Disso, conclui-se que há um intervalo de, aproximadamente, 4 anos entre o registro da desapropriação e a cobrança do IPTU (Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana), o que ensejaria a responsabilidade tributária por parte do autor. No entanto, embora haja esse transcurso de tempo, pelo princípio da razoabilidade, entende-se que, tal período seria referente aos trâmites do processo de expropriação e que, iniciado esse procedimento administrativo, já se autoriza a imediata transferência ao expropriante no que concerne à responsabilidade de pagar o tributo, exonerando o antigo proprietário do imóvel, como se desde esse momento já fosse transferido o *animus apropriandi* e, consequentemente, as obrigações dele decorrentes.

Pelo que se entende, o Estado do Ceará iniciou o procedimento de expropriação do imóvel da promovente anteriormente à data inicial do débito, o que já autoriza, a partir desse fato, a responsabilidade de pagar o IPTU por parte do expropriante. Pode-se confirmar que a parte autora se exonerou da obrigação partindo da premissa de que o fato gerador do imposto, conforme preleciona o artigo 32 do CTN, é o domínio útil ou a posse de bem imóvel e, na situação descrita, o intuito de se apropriar do bem por parte do ente federativo demonstrou-se evidente quando do início do processo expropriativo. Como consequência disso, a requerente deixou também de ser o contribuinte do tributo. Senão vejamos o que estabelece os artigos 32 e 34 do CTN, *in verbis*:

> Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.
>
> Art. 34. Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título.

Extraem-se alguns julgados no assunto:

> "ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO - AJUIZAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE IPTU INDEVIDO EM FACE DA DESAPROPRIAÇÃO DO IMÓVEL - EXTINÇÃO POR ESSE MOTIVO - EXAÇÃO QUE SE PROLONGOU POR ALGUNS EXERCÍCIOS APÓS A IMISSÃO NA POSSE - PAGAMENTO NÃO EFETUADO OU RESSARCIDO AO CONTRIBUINTE - DANOS MORAIS INOCORRENTES - MERO DESCONFORTO - INDENIZAÇÃO NEGADA. A propositura de execução fiscal para cobrança de IPTU referente a imóvel desapropriado pela própria municipalidade que se imitiu na posse dele e a exação do tributo em exercícios posteriores, não configuram dano

moral indenizável, ainda mais se o pagamento efetuado pelo contribuinte a este foi repetido e outros pagamentos não foram feitos. O ajuizamento da execução fiscal decorre do direito subjetivo abstrato de ação conferido a quem pretender que o Estado lhe diga o direito, de sorte que a sucumbência lhe gera apenas os ônus legais dela decorrentes. Meros desconfortos e frustrações não podem e não devem ser alicerce de indenizações por danos morais, sob pena de se banalizar o instituto e fomentar a indústria do enriquecimento sem causa. (151222 SC 2008.015122-2, Relator: Jaime Ramos, Data de Julgamento: 02/10/2009, Quarta Câmara de Direito Público, Data de Publicação: Apelação Cível n. , de São Francisco do Sul.)"

Assim também é o entendimento do STJ:

"PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. IPTU. COBRANÇA. SUJEITO PASSIVO. PROPRIETÁRIO DO IMÓVEL. INVASÃO DA PROPRIEDADE POR TERCEIROS. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE PELO PODER PÚBLICO APÓS O FATO GERADOR. ARTIGO 34 DO CTN. EXAÇÃO INDEVIDA. POSSE DO MUNICÍPIO EXPROPRIANTE EXERCIDA ANTES DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE IMISSÃO PROVISÓRIA. LOTEAMENTO E BENFEITORIAS NA ÁREA. *ANIMUS APROPRIANDI*.

Hipótese em que o município alega, além da violação do art. 535, II, do CPC, seja reconhecido ao proprietário do imóvel a legitimidade de figurar como sujeito passivo do tributo (IPTU - ano de 1991), não obstante a propriedade ter sido invadida por terceiros e, por fim, desapropriada pelo próprio ente público. 2. A Corte de origem manifestou-se sobre todas as questões indispensáveis ao deslinde da controvérsia, motivo pelo qual não há falar em violação ao art. 535, II, do CPC.

3. O artigo 34 do CTN dispõe que: "Contribuinte do imposto é o proprietário do imóvel, o titular do seu domínio útil, ou o seu possuidor a qualquer título".

4. "Ao legislador municipal cabe eleger o sujeito passivo do tributo, contemplando qualquer das situações previstas no CTN. Definindo a lei como contribuinte o proprietário, o titular do domínio útil, ou o possuidor a qualquer título, pode a autoridade administrativa optar por um ou por outro visando a facilitar o procedimento de arrecadação" (REsp 475.078/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 27.9.2004).(...) Não obstante a posse legal da municipalidade tenha ocorrido somente em 1992 com o autorização judicial para imissão na posse, o que lhe garantiria o direito de cobrança da exação referente ao ano anterior do proprietário, o fato é que ela já havia ingressado na área antes, loteando-a e implementando melhoramentos como asfalto, energia elétrica entre outros, o que lhe retira o direito de cobrar a exação do proprietário.

7. **Não se pode exigir do proprietário o pagamento do IPTU quando sofreu invasão de sua propriedade por terceiros, defendeu-se através dos meios jurídicos apropriados e foi expropriado pela municipalidade, sendo que esta, antes de receber a autorização judicial para imissão**

> **provisória, ingressou na área com o ânimo de desapropriante.** - grifei
> 8. Recurso especial não provido. (REsp 1111364/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 03/09/2009)"
>
> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE DÉBITO. IPTU. DESAPROPRIAÇÃO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ENTE EXPROPRIANTE A PARTIR DA SUA IMISSÃO NA POSSE PROVISÓRIA. TUTELA ANTECIPADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. CONCESSÃO EM PARTE. O sujeito passivo do IPTU é o proprietário do imóvel, o titular de seu domínio ou o possuidor, razão pela qual a responsabilidade tributária incidente sobre os imóveis expropriados é do ente expropriante, a partir de sua imissão na posse. A fixação do elemento temporal do fato gerador do IPTU é incumbência da lei ordinária municipal, sendo que no Município de Porto Alegre considera-se ocorrido no dia 1º de janeiro de cada ano. (...) (Agravo de Instrumento nº 70029039187, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 21/05/2009)**"**

Conforme se extrai dos dispositivos e julgados acima mencionados, conclui-se que o Estado do Ceará adquiriu a titularidade do imóvel, desobrigando a requerente. Diante disso, resta claro que não deve o nome da empresa autora permanecer inscrito na Dívida Ativa Pública do Município de Fortaleza, já que fora demonstrado que o fato gerador da incidência do tributo é a titularidade, posse ou propriedade do imóvel, as quais não dizem mais respeito à parte autora, embora a escritura pública de desapropriação tenha data posterior ao débito do IPTU, como fora demonstrado anteriormente.

Desta feita, por restar comprovado que houve a transferência do domínio e da propriedade do imóvel, a responsabilidade de pagar o IPTU recai sobre o novo titular, no caso o Estado do Ceará. Assim, tem-se que não merece qualquer reparo a decisão de primeiro grau, já que fora declarada a inexistência de obrigação tributária da autora com relação ao imóvel em questão, além de nula a Dívida Ativa no valor de R$ 3.071,45 (três mil, setenta e um reais e quarenta e cinco centavos) constante em nome da requerente. A r. sentença julgou ainda improcedentes os pleitos indenizatórios, os quais deixam de ser analisados, tendo em vista que não houve sucumbência por parte da Fazenda Pública Municipal nesse aspecto nem qualquer apelo da parte autora.

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, 23 de maio de 2012.

Apelação Cível nº. 588811-34.2000.8.06.0001/1
Apelante: CONSTRUTORA MARQUISE S.A
Apelado: MARCIO SOARES DA ROCHA
Apelado: INÊS HELENA NOGUEIRA DA ROCHA
Apelação Cível nº 756095-67.2000.8.06.0001/1
Apelante: CONSTRUTORA MARQUISE S/A
Apelado: MARCIO SOARES DA ROCHA
Apelado: INÊS HELENA NOGUEIRA DA ROCHA
Relator :Des. Ademar Mendes Bezerra

"EMENTA. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL E AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CORREÇÃO MONETÁRIA COM BASE NO INCC ENQUANTO PERDURAR A CONSTRUÇÃO. APÓS, CORRIGE-SE PELO INPC. JUROS REMUNERATÓRIOS. POSSIBILIDADE APÓS A ENTREGA DAS CHAVES. LIMITAÇÃO À TAXA DE 12%(DOZE POR CENTO) AO ANO. CONSTRUTORA NÃO EQUIPARADA À INSTITUIÇÃO FINANCEIRA E POR ISSO SUJEITA ÀS DISPOSIÇÕES PREVISTAS NA LEI DE USURA (ART. 1º DO DECRETO 22.626.33). REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ. TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL.

1.No curso da obra, o INCC (Índice Nacional de Custo da Construção) é o melhor indicador de atualização monetária. Após seu término as parcelas devem ser corrigidas pelo INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), que é o correspondente adequado à desvalorização da moeda .

2. No caso em apreço a cláusula que determina a aplicação do INCC como índice de correção monetária deverá ter eficácia somente até o mês anterior à imissão dos promitentes -compradores na posse do imóvel, ou seja, dezembro de 1997, devendo ser substituída pelo INPC(ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR) a partir desta data.

3. A cobrança de juros remuneratórios a partir da entrega das chaves no percentual de 12%(doze por cento) ao ano foi livremente pactuada pelas partes e, não sendo ilegal ou abusiva, deve ser respeitada.

4. O Código Civil atualmente em vigor consigna, expressamente, o princípio da boa-fé no seu art. 422, o que não fazia o Código anterior. Não obstante a omissão do Código Civil de 1916, o princípio da boa-fé já era amplamente reconhecido e aplicado pelo Direito brasileiro,

tal como ocorria com outros institutos, como o do adimplemento substancial, do abuso de direito e da função social do contrato, por exemplo. Nessa esteira, impossível é dissociar o dever de boa-fé do exercício dos direitos subjetivos das partes, que, na busca da realização dos seus direitos, não devem praticar atos lesivos umas às outras. Ou seja, para fazer valer o seu direito, uma parte não poderá impor lesão desproporcional à outra. É nesse ponto que merece aplicação, no caso dos presentes autos, a teoria do adimplemento substancial.

5. Conforme se depreende da análise dos autos, especificamente das planilhas elaboradas pela CONSTRUTORA MARQUISE S/A, fls. 89/91 e da inicial de fls. 04/08(Reintegração de Posse), foram efetivamente pagas pelos apelados 63(sessenta e três) parcelas, restando 15(quinze) inadimplidas do total financiado. Nesse panorama, a pretensão na apelante não merece acolhimento já que há, no pleito, evidente quebra da boa-fé objetiva, que deve presidir toda e qualquer relação contratual.

6. Recurso conhecido e parcialmente provido apenas para manter os juros remuneratórios nos moldes pactuados, 12%(doze por cento) ano, cláusula nº 4.3.1, item (f.), e confirmar a sentença nos demais aspectos.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível em que figuram as partes acima referidas. Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do recurso, para dar parcial provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 05 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Em exame, recursos de Apelações Cíveis de nºs 588811-34.2000.8.06.0001/1 e 756095-67.2000.8.06.0001/1 interpostos por CONSTRUTORA MARQUISE S.A, em face de sentença proferida pela MM Juíza de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza em sede de feitos conexos, quais sejam, Ação Revisional de Cláusulas Contratuais e Ação de Reintegração de Posse.

Em 18/02/2002 os recorridos MARCIO SOARES DA ROCHA e INÊS HELENA NOGUEIRA DA ROCHA ingressaram com Ação Ordinária de Revisão de Cláusulas Contratuais narrando que celebraram contrato de compra e venda de imóvel no qual residem, entretanto, diante dos sucessivos aumentos das prestações , não tiveram outra opção a não ser ingressar no Judiciário para obter a declaração de nulidade das

cláusulas abusivas e ilegais do referido contrato.

Em 11/03/2004 a recorrente propôs ação de Reintegração de Posse sustentando que a permanência dos recorridos no imóvel de sua propriedade passou a configurar esbulho a partir de 11/03/2003, quando decorreu o prazo concedido na Notificação Extrajudicial a eles enviada.

A autoridade processante julgou improcedente a reintegratória ajuizada pela CONSTRUTORA MARQUISE S.A e julgou o pedido formulado na Ação Revisional nos seguintes termos:

> *" Ex positis*, a ação é indiscutivelmente procedente, motivo pelo qual, julgando-a assim, declaro a ilegalidade praticada pela suplicada tanto na adoção do INCC como índice da correção mensal do débito dos promoventes para com a demandada, isso a partir de quando concluída a obra, vedada a correção mensal, com a correção anual pelo INPC, assim como na capitalização que vem fazendo mensalmente da taxa dos juros remuneratórios, tudo a ser apurado em execução de sentença.
> Apurado o valor daquela cobrança indevida, o mesmo será objeto de restituição aos demandantes – de forma simples, eis que não demonstrada a existência de má-fé da suplicada, admitida a compensação com o seu saldo devedor".

Inconformada com tal desfecho, às fls. 181/207(Ordinária) e às fls. 114/139(Reintegração de Posse), a CONSTRUTORA MARQUISE S.A apresentou os recursos argumentando, em síntese: a) ausência de ilegalidade na adoção do INCC e de anatocismo; b) bilateralidade contratual; c) desconsideração do laudo pericial como fundamento da sentença e, no tocante ao pedido de reintegração de posse, sustentou novamente que os recorridos esbulharam o imóvel objeto da lide *" a partir do momento em que decorreu o prazo concedido na Notificação Extrajudicial enviada pela Marquise e recebida pelos apelados em 06 de março de 2003"*, fls. 137.

Ao final pugnou pela reforma da sentença para reconhecer a legalidade das cláusulas contratuais, declarar a existência de saldo devedor, condenar os apelados em perdas e danos e para reintegrar definitivamente a posse do imóvel objeto da demanda.

Contrarrazões às fls. 233/236(Ordinária) e fls. 159/161(Reintegração de Posse).

É o breve relatório, no essencial.

Cabíveis e tempestivos, conheço dos recursos interpostos.

Infere-se da ação revisional que as partes celebraram "instrumento particular de contrato de promessa de venda e compra de imóvel para entrega futura", n° 168.000.1401, fls. 12/23, em 20 de novembro de 1996, de um apartamento de n°1.401, 14º andar, do Edifício Plancton, pelo preço de R$ 155.454,00(cento e cinquenta e cinco mil e quatrocentos e cinquenta reais) a ser pago da seguinte forma, fls.24/25:

> 1)R$13.000,00(treze mil reais), a título de sinal, na data de 27/11/96;

> R$ 6.000,00(seis mil reais), em parcela única, com vencimento em 21.12.1996;
> 3) R$ 95.863,44 (noventa e cinco mil, oitocentos e sessenta e três reais e quarenta e quatro centavos), divididos em 12(doze) parcelas, sendo a última com vencimento até a entrega das chaves.

Posteriormente, as partes acordaram, em 18 de janeiro de 2000, aditivo ao mencionado contrato. Constou do aditamento:

> 1. Por força do presente aditivo, o SALDO DEVEDOR que importa nesta data em R$ 57.653,60 (cinquenta e sete mil, seiscentos e cinquenta e três reais e sessenta centavos será pago pelo PROMITENTE COMPRADOR da seguinte forma:
> 1.1 Por meio de 23(vinte e três) parcelas correspondentes nesta data, a R$ 1.500,00(um mil e quinhentos reais) cada, vencendo-se a primeira em 05 de fevereiro de 2000 e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes;
> 1.2 por meio de 16 (dezesseis) parcelas correspondentes, nesta data, a R$ 1.447,10(um mil, quatrocentos e quarenta e sete reais e dez centavos) cada, vencendo-se a primeira em 05 de janeiro de 2002 e as demais no mesmo dia dos meses subsequentes;

Com relação à correção monetária ficou estabelecido:

> 02. Todas as parcelas serão atualizadas mensalmente, conforme condições estabelecidas no contrato que ora se adita.
> **03. A alteração na forma de pagamento do saldo devedor teve como fundamento solicitação do PROMISSÁRIO COMPRADOR que pagará o valor indicado atualizando mês as mês, pela variação do INCC mais 1%(hum por cento) (negritei)**

Alegando capitalização de juros remuneratórios desde a entrega das chaves, aos 30/01/1998 e ilegitimidade do índice de atualização monetária, INCC(Índice Nacional da Construção Civil), ingressou com a ação revisional. Após a realização de perícia e diversos esclarecimentos do experto, a MM Juíza julgou procedente o pedido nos seguintes termos:

> *" Ex positis*, a ação é indiscutivelmente procedente, motivo pelo qual, julgando-a assim, declaro a ilegalidade praticada pela suplicada tanto na adoção do INCC como índice da correção mensal do débito dos promoventes para com a demandada, isso a partir de quando concluída a obra, vedada a correção mensal, com a correção anual pelo INPC, assim como na capitalização que vem fazendo mensalmente da taxa dos juros remuneratórios, tudo a ser apurado em execução de sentença.
> Apurado o valor daquela cobrança indevida, o mesmo será objeto de restituição aos demandantes – de forma simples, eis que não demonstrada a existência de má-fé da suplicada, admitida a compensação com o seu saldo

devedor".

Em seu recurso apelatório de fls. 182/207, a Construtora Marquise S/A alega, em síntese, ausência de ilegalidade na adoção do INCC no curso da avença e legitimidade da aplicação de juros remuneratórios no patamar de 12%(doze por cento) ao ano. Após tecer considerações sobre a perícia, requer a reforma da sentença para julgar improcedente o pedido autoral.

Pois bem.

Conforme explicitado, no tocante à ação revisional, a inconformidade pauta-se, basicamente na possibilidade de utilização do índice de atualização monetária contratualmente eleito e no reconhecimento, pela MM Juíza, da abusividade de cláusula referente ao juros remuneratórios.

De início tenho que ultrapassada a arcaica tese de que o pacto é incólume com o que, ao pretender se valer do princípio do *pacta sund servanda,* resultasse num manto que o afastasse de ser discutido e revisado perante o Poder Judiciário.

Conforme explicitado, o aditivo contratual firmado entre as partes, determina, em sua cláusula terceira, que todas a parcelas seriam atualizadas monetariamente pelo INCC(ÌNDICE NACIONAL DO CUSTO DA CONSTRUÇÃO CIVIL).

Trata-se o INCC de índice que afere a evolução dos custos de construções habitacionais. Em contrato de compra e venda de imóvel, com pagamento do preço em prestações, a adoção do INCC, desde que expressamente pactuado entre as partes, pode ser utilizada somente durante o período de construção do imóvel.

Imitidos os compradores na posse do imóvel, não há razão para que referido índice seja utilizado para atualização dos valores, porque não há mais que se falar em insumos e materiais da construção civil, tornando sua utilização ofensiva ao equilíbrio do contrato.

Assim, a cláusula que determina a aplicação do INCC como índice de correção monetária deverá ter eficácia somente até o mês anterior à imissão dos promitentes -compradores na posse do imóvel, ou seja, dezembro de 1997, devendo ser substituída pelo INPC(ÍNDICE NACIONAL DE PREÇOS AO CONSUMIDOR) a partir desta data. Neste sentido colhem-se os seguintes julgados:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CIVIL - PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE BEM IMÓVEL - COBRANÇA DE JUROS COMPENSATÓRIOS DURANTE A OBRA - IMPOSSIBILIDADE - APLICAÇÃO DO INCC APÓS A CONCLUSÃO DA OBRA - IMPOSSIBILIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ERRO JUSTIFICÁVEL - RECURSO IMPROVIDO. (AgRg no Ag 1349113/PE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 19/08/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL FIRMADO COM CONSTRUTORA. JUROS. 12% AO ANO. APLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DA LEI DA USURA. DOBRO DO LIMITE DE 6% PREVISTO NO CCB/16. ENTIDADE QUE NÃO INTEGRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INDEXADORES AUSÊNCIA DE ABUSIVIDADE E VANTAGEM EXCESSIVA VERIFICADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIADOS 5 E 7 DA SÚMULA DESTA CORTE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS CAPAZES DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A Construtora Ré não é instituição financeira, não integrando, dessa forma, o Sistema Financeiro Nacional. Desse modo, incidente a Lei da Usura, em especial seu artigo 1º, que estabelece o patamar de 12% ao ano, ou seja, o dobro da taxa legal prevista no Código Civil de 1916, no limite de 6% ao ano. 2. A utilização do CUB-Sinduscon, índice de idêntica natureza do INCC, somente se afigura incabível após a conclusão da obra do imóvel. Precedentes. 3. Ausente a ocorrência de abusividade e de vantagem excessiva oriundas da pactuação dos indexadores: CUB-Sinduscon, quando em construção o imóvel, e IGP-M, após sua entrega, conforme consignado pelo Tribunal de origem com base no acervo fático-probatório, a inversão do julgado encontra óbice contido nos Enunciados 5 e 7 da Súmula desta Corte. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 761.275/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 26/02/2009)

CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. ATRASO NA ENTREGA DO IMÓVEL. INADIMPLÊNCIA DA CONSTRUTORA RECONHECIDA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. RECURSO ESPECIAL. PROVA. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7-STJ. JUROS MORATÓRIOS, MULTA E HONORÁRIOS. APLICAÇÃO EM CONSONÂNCIA COM A PREVISÃO CONTRATUAL, POR EQÜIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA DAS PARCELAS A SEREM RESTITUÍDAS. INCC INCIDENTE ATÉ O AJUIZAMENTO DA AÇÃO, POR VINCULAÇÃO À CONSTRUÇÃO.INPC APLICÁVEL A PARTIR DE ENTÃO.I. Firmado pelo Tribunal estadual, soberano no exame da prova, que o atraso na entrega do imóvel foi por culpa da construtora, inviável a reapreciação do tema em sede especial, ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ.II. Multa compensatória, juros e honorários estabelecidos de conformidade com a previsão contratual, por aplicação da regra penal, a contrario sensu, por eqüidade.III. Indevida a retenção de parcela do preço, se o rompimento do contrato de promessa de compra e venda se deu por inadimplência da construtora e não do adquirente.IV. Correção monetária do preço a ser restituído pelo INCC até o ajuizamento da ação, por vinculado, à época, ao contrato de construção, e de acordo com a variação do INPC no período subseqüente, até o pagamento.V. Recurso especial conhecido em parte e parcialmente provido.(REsp 510.472/MG, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 02/03/2004, DJ 29/03/2004, p. 247)

> "PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL. CLÁUSULA DE CORREÇÃO MONETÁRIA EM NOTA PROMISSÓRIA. DISCUSSÃO PELO AVALISTA. POSSIBILIDADE. ÍNDICE. INCC. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO INATACADO. CORREÇÃO MONETÁRIA. IPC. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. MULTA. FINALIDADE PROTELATÓRIA NÃO CONFIGURADA. SANÇÃO PROCESSUAL. DESCABIMENTO. -Violação à lei federal não configurada. Afigura-se possível ao avalista de nota promissória invocar, como matéria de defesa em embargos à execução, a nulidade de cláusula de correção monetária pactuada na própria cambial, pois não se trata de discussão acerca da causa do negócio originário, mas sim de atualização do montante pelo qual foi emitido o título exeqüendo, o que diz respeito diretamente ao garante. -Impossibilidade da utilização do INCC em contratos de compra e venda de imóvel que não está em fase de construção. -"Não se conhece do recurso especial quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (enunciado nº 283 da Súmula/STF). -Adotado como substituto o índice de correção das cadernetas de poupança, possível a aplicação do IPC para a atualização do débito. -"Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório." (Súmula nº 98/STJ). -Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (REsp 249.409/BA, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 20/06/2000, DJ 04/09/2000, p. 162)

JUROS REMUNERATÓRIOS

Os juros compensatórios ou remuneratórios são rendimentos do capital, ou seja, os frutos produzidos pelo dinheiro mutuado. Colhe-se da doutrina civilista o seu conceito:

> "Juros compensatórios. Direito Civil. Aqueles que decorrem de uma utilização consentida do capital alheio, pois estão, em regra, preestabelecidos no título constitutivo da obrigação, no qual os contratantes fixam os limites de seu proveito, enquanto durar o negócio jurídico, ficando, portanto fora do âmbito da inexecução. A sua taxa não pode ultrapassar 12% ao ano" (Maria helena Diniz, Dicionário jurídico, São Paulo, Saraiva, 1998, v.3,p.30)

> "juros são o rendimento do capital, os frutos produzidos pelo dinheiro. Assim como o aluguel constitui o preço correspondente ao uso na coisa no contrato de locação, representam os juros a renda de determinado capital. De acordo com o art. 60, do Código Civil, entram eles na classe de coisas acessórias" (MONTEIRO. Washington de Barros. *Curso de direito civil.* São Paulo: Saraiva, 1997, p 345).

Sustenta a apelante que no tocante aos juros remuneratórios após a entrega das chaves a cláusula mostra-se *'perfeitamente lícita, pois se encontra dentro do limite*

legal de 12%(doze por cento) ao ano', fls.186.

Com efeito, a clausula 4.3 do contrato, em seu item f, estabelece que o saldo devedor será composto de *'juros incidentes sobre as parcelas a partir da entrega do imóvel, de 12% ao ano",* fl. 14. Também dispõe a clausula 4.7:

> 04.7. Juros após a entrega do imóvel. Desde já as partes pactuam que, a partir da entrega das chaves do imóvel, cuja data está apontada no item 06 deste instrumento serão acrescidos ao saldo devedor, juros de 12%(doze por cento) ao ano, calculados mês a mês, incidentes sobre as parcelas vincendas e com elas pagos.

Ao responder os quesitos formulados pelos requerentes, afirmou o perito.

> QUESITOS DOS REQUERENTES
>
> 2. Os juros estipulados em 12%(doze por cento) ao ano, a partir da entrega das chaves(30/01/1998) foram aplicados aos valores das prestações ano a ano conforme o percentual contratado ou foram aplicados mês a mês com a taxa proporcional de 1%(um por cento) ao mês?
>
> RESPOSTA:
>
> "Através da análise do Extrato consolidado não é possível precisar, claramente, se os juros compensatórios cobrados pela empresa requerida são oriundos da taxa de 1% ao mês ou 12% ao ano, pois, para isso, seria necessário estar explícito no citado extrato o valor mensal do saldo devedor. O que se constata, através da coluna "Encargos", são valores discrepantes entre si(algumas vezes bastante elevados, em outras, diminutos ou de valor zero) que não nos permitem tecer considerações de ordem técnica/ financeira com assertividade", fls. 154.

Como visto, a cobrança de juros remuneratórios a partir da entrega das chaves no percentual de 12%(doze por cento) ao ano foi livremente pactuada pelas partes e, não sendo ilegal ou abusiva, deve ser respeitada. Nas razões recursais, inclusive, a recorrente sustenta que no cálculo por si apresentado às fls. 250/254 foram aplicados juros proporcionais naquele percentual, reforçando, assim, a conclusão desta relatoria que, *in casu,* os juros não foram cobrados na forma composta, mas naquela legalmente autorizada, art. 1º do Decreto 22.626/33.

Faço ressaltar que embora os apelantes insistam na tese de desconsideração do laudo pericial e dos cálculos apresentados pelo profissional, o conteúdo da r. Sentença demonstra que o exato valor devido pelas obrigações assumidas pelos recorridos junto à Construtora ainda será apurado em sede de execução de sentença. Com efeito, tratando-se de ação revisional na qual se pretende a declaração da ilegalidade de determinadas cláusulas contratuais e a consequente repetição do que eventualmente pago a maior, nada obsta que a apuração das consequências econômicas decorrentes do que foi decidido na

sentença sejam feitas em sede de liquidação.

Passo, agora, à análise da insurgência com relação ao julgamento do pedido de Reintegração de Posse. Assim fez consignar a autoridade processante:

> "Na verdade, a tônica das razões suscitadas pela promovente para justificar o seu desiderato de ser reintegrada na posse do imóvel que vendeu aos promovidos é a mora na qual estes se encontrariam, pela sua inadimplência no pagamento das prestações mensais de seu débito.
> Sucede, todavia, que mora na espécie não há, tendo em vista a cobrança pela autora de encargos excessivos dos réus".

Também inconformada com tal desfecho, alega a apelante que desde fevereiro de 2002 os recorridos não cumprem as obrigações concernentes ao preço acordado e *"ainda que existente a discussão a respeito de supostos valores excessivos, o simples ajuizamento da ação revisional não libera o devedor do seu dever de pagar",* fl.134.

Pois bem.

De logo registro que a conclusão a que chegou a MM Juíza está em sintonia com a orientação jurisprudencial do Colendo STJ no sentido de que a exigência de correção monetária por índices impróprios descaracteriza a mora.

Sobre o assunto, destaco trecho do voto de Sua Excelência, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, ao ensejo do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial 163.884/RS (2ª Seção do STJ - DJ 24/09/2001), segundo o qual:

> "A mora somente existe, no sistema brasileiro, se houver fato imputável ao devedor, conforme reza o art. 963 do CCivil (antigo), isto é, se a falta da prestação puder ser debitada ao devedor. Se o credor exige o pagamento com correção monetária calculada por índices impróprios, com juros acima do permitido, capitalização mensal, contribuição ao Proagro cobrada mais de uma vez, etc., o devedor pode não ter condições de efetuar o pagamento do que se lhe exige, e fica frustrada a oportunidade de purgar a mora. A exigência indevida é ato do credor, causa da falta do pagamento, que por isso não pode ser imputada ao devedor, nos termos do art. 963 acima citado".

Ademais, o Código Civil atualmente em vigor consigna, expressamente, o princípio da boa-fé no seu art. 422, o que não fazia o Código anterior. Não obstante a omissão do Código Civil de 1916, o princípio da boa-fé já era amplamente reconhecido e aplicado pelo Direito brasileiro, tal como ocorria com outros institutos, como o do adimplemento substancial, do abuso de direito e da função social do contrato, por exemplo.

Nessa esteira, impossível é dissociar o dever de boa-fé do exercício dos direitos subjetivos das partes, que, na busca da realização dos seus direitos, não devem

praticar atos lesivos umas às outras. Ou seja, para fazer valer o seu direito, uma parte não poderá impor lesão desproporcional à outra. É nesse ponto que merece aplicação, no caso dos presentes autos, a teoria do adimplemento substancial. Se os devedores já cumpriram substancialmente a sua obrigação, não há suporte jurídico na imposição a eles de um prejuízo desproporcional.

Conforme se depreende da análise dos autos, especificamente das planilhas elaboradas pela CONSTRUTORA MARQUISE S/A, fls. 89/91 e das informações contidas na inicial de fls. 04/08, foram efetivamente pagas pelos apelados 63(sessenta e três) parcelas, restando 15(quinze) inadimplidas do total financiado. Nesse panorama, a pretensão na apelante não merece acolhimento já que há, no pleito, evidente quebra da boa-fé objetiva, que deve presidir toda e qualquer relação contratual.

Sobre o tema:

> "DIREITO CIVIL. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL PARA AQUISIÇÃO DE VEÍCULO (LEASING). PAGAMENTO DE TRINTA E UMA DAS TRINTA E SEIS PARCELAS DEVIDAS. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DESCABIMENTO. MEDIDAS DESPROPORCIONAIS DIANTE DO DÉBITO REMANESCENTE. APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. 1. É pela lente das cláusulas gerais previstas no Código Civil de 2002, sobretudo a da boa-fé objetiva e da função social, que deve ser lido o art. 475, segundo o qual "[a] parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos".2. Nessa linha de entendimento, a teoria do substancial adimplemento visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença, com vistas à realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato.3. No caso em apreço, é de se aplicar a da teoria do adimplemento substancial dos contratos, porquanto o réu pagou: "31 das 36 prestações contratadas, 86% da obrigação total (contraprestação e VRG parcelado) e mais R$ 10.500,44 de valor residual garantido". O mencionado descumprimento contratual é inapto a ensejar a reintegração de posse pretendida e, consequentemente, a resolução do contrato de arrendamento mercantil, medidas desproporcionais diante do substancial adimplemento da avença.4. Não se está a afirmar que a dívida não paga desaparece, o que seria um convite a toda sorte de fraudes. Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002. Pode, certamente, o credor valer-se de meios menos gravosos e proporcionalmente mais adequados à persecução do crédito remanescente, como, por exemplo, a execução do título.5. Recurso especial não conhecido.(REsp 1051270/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 04/08/2011, DJe 05/09/2011)

> "ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. Busca e apreensão. Falta da última

> prestação. Adimplemento substancial. O cumprimento do contrato de financiamento, com a falta apenas da última prestação, não autoriza o credor a lançar mão da ação de busca e apreensão, em lugar da cobrança da parcela faltante. O adimplemento substancial do contrato pelo devedor não autoriza ao credor a propositura de ação para a extinção do contrato, salvo se demonstrada a perda do interesse na continuidade da execução, que não é o caso. Na espécie, ainda houve a consignação judicial do valor da última parcela. Não atende à exigência da boa-fé objetiva a atitude do credor que desconhece esses fatos e promove a busca e apreensão, com pedido liminar de reintegração de posse. Recurso não conhecido.(REsp 272.739/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299)

Diante de todas as considerações expostas, nego provimento à Apelação Cível interposta na ação de reintegração de posse e dou parcial provimento à Apelação Cível na ação revisional para manter os juros remuneratórios nos moldes pactuados, 12%(doze por cento) ano, cláusula nº 4.3.1, item (f.), e confirmar a sentença nos demais aspectos.

Custas e honorários na forma do art.21 do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2012.

PROCESSO Nº 6168-29.2003.8.06.0112/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ZULEICA GOMES DE LIRA.
APELADA: VERDE VALE VEÍCULOS LTDA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. CIVIL E CONSUMIDOR. AUTOMÓVEL DANIFICADO. AVARIA REPARADA. SUBSTITUIÇÃO DO VEÍCULO POR UM NOVO. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIMINUIÇÃO DO VALOR DO BEM. INDEFERIDA A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO PEDIDO FORMULADO NA INICIAL (ARTIGO 264 DO CPC). APELO DESPROVIDO.

1. Nada obstante haver sido invocada a regra de responsabilidade instituída pelo artigo 18 do CDC, esse dispositivo não é aplicável ao caso em apreço, que não se refere a um vício de produto, mas sim a um evento danoso ocorrido nas dependências da apelada.

2. Da análise dos autos, constata-se que apenas um arranhão superficial de cerca de 10 (dez) centímetros foi provocado pela colisão ocorrida no estabelecimento da promovida. Assim, considerando que foram ínfimos os danos causados ao automóvel, que já foram realizados os reparos necessários, e que não houve a diminuição do valor do referido bem, é de ser totalmente desarrazoada a pretensão autoral quanto à substituição do veículo danificado por um novo do mesmo modelo.

3. Não há falar em inversão do ônus da prova (artigo 6º, inc. VIII, do CDC), quando não restou comprovada a verossimilhança das alegações ou a hipossuficiência da parte interessada.

4. Após a citação é defeso à promovente modificar o pedido, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, motivo pelo qual não será apreciado o pedido alternativo de pagamento da indenização de valor equivalente ao veículo danificado (art. 264 do CPC). Precedente do STJ.

5. Apelo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, **para negar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de julho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Zuleica Gomes de Lira em face de sentença (fls. 267-269) proferida pelo Juízo da 3ª Vara da Comarca de Juazeiro do Norte/CE, que julgou improcedente o pleito formulado contra Verde Vale Veículos Ltda. nos autos do processo nº 2003.0003.6956-5.

Na inicial (fls. 02-14), a autora sustenta ter adquirido da concessionária demandada o veículo da marca Chevrolet, modelo S-10 De luxe, ano 2003, chassi nº 9BG138CC03C414729.

Continua, asseverando que, ao apresentar um defeito em apenas 04 (quatro) dias após a referida compra, o automóvel foi encaminhado à assistência técnica autorizada da promovida, oportunidade em que este bem foi avariado por um funcionário da ré, que colidiu o veículo com outro localizado dentro do estabelecimento da requerida.

Ao final, pleiteia a substituição do bem danificado por um novo automóvel, do mesmo modelo, uma vez que o sobredito dano decorreu tão somente da culpa exclusiva da promovida.

Empós a formação do contraditório (contestação de fls. 39-57) e o regular trâmite processual, o magistrado singular, às fls. 267-269, julgou improcedente a pretensão autoral quanto à troca do automóvel danificado por um novo.

Irresignada com o teor desse *decisum*, a autora interpôs apelação (fls. 275-282), aduzindo: *a)* a incidência do artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor e a consequente responsabilização do fornecedor por vício do produto ou do serviço; *b)* a inversão do ônus da prova (art. 6º, inciso VIII, do CDC); *c)* a necessidade de ser realizada a troca do veículo avariado, uma vez que a colisão ocorreu nas dependências da apelada.

Contrarrazões às fls. 287-291.

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 requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Compulsando os autos, verifico que o cerne desta insurgência recursal se restringe à análise da obrigatoriedade, ou não, de a apelada, na qualidade de concessionária fornecedora do veículo e responsável pela assistência técnica, trocar o automóvel avariado por um novo do mesmo modelo, ou efetuar o pagamento da

indenização de valor equivalente.

Ab initio, vale ressaltar que, nada obstante haver sido invocada a regra de responsabilidade instituída pelo artigo 18 do CDC[1], como bem observado pelo juízo *a quo*, o caso em apreço não se refere a um vício de produto, mas sim a um evento danoso ocorrido nas dependências da apelada.

Decerto, os estragos causados à porta traseira direita não existiam quando da aquisição do veículo pela requerente, razão pela qual é inaplicável à espécie a regra disciplinada pelo citado art. 18 do CDC.

No caso *sub examine*, a autora, ora apelante, ao constatar um mau funcionamento no seu veículo, encaminhou o referido bem ao estabelecimento da concessionária recorrida, onde ocorreu o sinistro que avariou o automóvel recém-adquirido.

Da análise da documentação constante nos autos, é inegável a presença do nexo de causalidade entre a avaria causada na porta traseira direita do veículo e a colisão dentro das dependências da promovida, ora apelada.

Todavia, conforme informaram as testemunhas e o perito, constata-se que apenas um arranhão superficial de cerca de 10 (dez) centímetros foi provocado pelo sobredito choque, e que a recorrida, às suas expensas, já promoveu os reparos necessários no automóvel.

Ademais, vislumbro que, apesar de ser incontroversa a existência do evento danoso, não há a comprovação de que os prejuízos decorrentes da citada colisão sejam de elevada monta, a atrapalhar o regular desempenho do veículo, diminuir-lhe o valor ou ensejar a sua substituição por um novo.

Pelo contrário, em consonância com o laudo pericial acostado às fls. 230-235, tem-se que "o perito informa, após rigoroso e minucioso exame realizado no veículo S10 DLX 4X2, cabine dupla, chassi nº 9BG138CC03C414729, que **a porta lateral traseira direita se encontra em perfeita e total condição de funcionamento e que o serviço realizado foi satisfatório e semelhante, sem desvalorização e depreciação proveniente da avaria**" (fl. 235).

Nesse sentido, convém destacar que não prospera a argumentação ventilada pela recorrente no atinente à inversão do ônus da prova (artigo 6º, inc. VIII, do CDC[2]), uma vez que para tanto faz-se indispensável a percepção da verossimilhança das alegações ou da hipossuficiência da parte interessada, o que não restou devidamente demonstrado nos autos.

Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "o art. 6º, VIII, do CDC, com vistas a garantir o pleno exercício do direito de defesa do consumidor, estabelece que a inversão do ônus da prova será deferida quando a alegação por ele apresentada seja verossímil ou quando for constatada a sua hipossuficiência"[3].

Assim, por não ser o caso de inversão do encargo probatório, percebe-se que, se realmente houvessem os consideráveis prejuízos causados pela colisão, a apelante deveria ter se desincumbido de provar a sua existência, a teor do art. 333, inc.

I, do CPC[4], o que não ocorreu.

Ante tais motivos, considerando que foram ínfimos os danos causados ao automóvel, que já foram realizados os reparos necessários, e que não houve a diminuição do valor do referido bem, conclui-se ser totalmente desarrazoada a pretensão autoral quanto à substituição do veículo danificado por um novo do mesmo modelo.

Por fim, impende salientar que, em conformidade com o artigo 264 do CPC[5], após a citação é defeso à promovente modificar o pedido, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes.

Nessa linha é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> […] **2. A jurisprudência desta Corte não admite a emenda da inicial após o oferecimento da contestação quando tal diligência ensejar a modificação do pedido ou da causa de pedir. Isso porque a regra prevista no artigo referido deve ser compatibilizada com o disposto no art. 264 do CPC, que impede ao autor, após a citação, modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu (caput); e, em nenhuma hipótese, permite a alteração do pedido ou da causa de pedir após o saneamento do processo (parágrafo único).** 3. Destarte, após oferecida a contestação e saneado o feito, não se mostra possível a realização da diligência prevista no art. 284 do CPC quando ensejar a modificação do pedido e da causa de pedir, como ocorre no caso dos autos, impondo-se a extinção do processo sem resolução de mérito. 4. Recurso especial parcialmente provido. (STJ. 2ª Turma. **REsp 1291225/MG**. Relator Ministro Mauro Campbell Marques. julgado em 07/02/2012. DJe 14/02/2012, destaques)

Desse modo, como o pleito inicial se restringiu à substituição do automóvel avariado, não é permitido à autora, após a realização da citação do réu, apresentar como pedido alternativo o pagamento da indenização de valor equivalente.

Além disso, vale frisar que este Órgão Julgador está adstrito aos limites do pedido formulado na petição inicial (artigos 128, 293 e 460 do CPC), não lhe competindo fazer ilações ou conjecturas que ampliem o objeto do processo em análise.

A propósito, colaciono precedente do STJ:

> PROCESSO CIVIL. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A interpretação do pedido deve se guiar por duas balizas: de um lado, a contextualização do pedido, integrando-o ao inteiro teor da petição inicial, de modo a extrair a pretensão integral da parte; e, de outro lado, a adstrição do pedido, atendendo-se ao que foi efetivamente pleiteado, sem ilações ou conjecturas que ampliem o seu objeto. **2. A mera circunstância de os fatos narrados comportarem, em tese, indenização por danos morais, sem que haja qualquer pedido ou cogitação tendente a exigi-la, não autoriza o Juiz a, de ofício, considerá-la implícita no pedido de ressarcimento por danos materiais, até porque nada impede a parte de, observado o prazo prescricional, ajuizar ação autônoma buscando**

> **ressarcimento específico pela violação dos direitos da personalidade.** Ademais, justamente por serem de caráter subjetivo, na falta de qualquer sinalização de que tenham realmente sido suportados, não há como presumir ter a parte sofrido danos de ordem moral. 3. Recurso especial provido. (STJ. 3ª Turma. REsp 1155274/PE. Relatora Ministra Nancy Andrighi. julgado em 08/05/2012. DJe 15/05/2012, destaques)

Sob tais fundamentos, conheço da apelação, para **negar-lhe provimento**, mantendo a decisão recorrida.

É como voto.

---

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

[2] CDC, Art. 6º. 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; [...]

[3] STJ. 3ª Turma. **REsp 1155770/PB**. Relatora Ministra Nancy Andrighi. julgado em 15/12/2011. DJe 09/03/2012.

[4] CPC, Art. 333. O ônus da prova incumbe: I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; […]

[5] CPC, Art. 264. 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.

Apelação Cível nº. 736-03.2006.8.06.0119/1
Apelantes: Regina Alimentos S/A, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima
Apelada: Cargill Saci Sucursal Uruguay
Apelação Cível nº. 743-92.2006.8.06.0119/1
Apelante: Cristal Agropecuária LTDA
Apelada: Cargill Saci Sucursal Uruguay
Apelação Cível nº. 574-71.2007.8.06.0119/1
Apelante: Cargill Saci Sucursal Uruguay
Apelados: Regina Alimentos S/A, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima
Relator Des. Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TERMO INICIAL PARA CONTAGEM DO PRAZO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONTAGEM DE FORMA INDEPENDENTE PARA CADA EXECUTADO. TEORIA DA APARÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE DAS DEFESAS DOS PROMOVIDOS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXISTÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR, ANTE A EXTINÇÃO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO DOS EMBARGOS. CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE DO INSTRUMENTO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. SENTENÇA REFORMADA PARA EXTINGUIR A EXCEÇÃO.

- Em exame três recursos apelatórios, todos decorrentes de ação de execução proposta por Cargill Saci Sucursal Uruguay em desfavor de Regina Alimentos S/A, Cristal Agropecuária LTDA, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima. O feito executivo encontra lastro em instrumento de confissão de dívida relativo a faturas mercantis internacionais.

- No que tange à ausência de fundamentação da decisão que anunciou o julgamento antecipado da lide, não assiste razão à Regina Alimentos S/A. O julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie. Preliminar rejeitada.

- Em se tratando de feito executivo ajuizado sob o regime anterior às reformas no Código de Processo Civil, o prazo para oposição de embargos à execução tinha sua fluência iniciada após a juntada aos autos da prova da intimação da penhora. Por outro lado, em se tratando de execuções com pluralidade no polo passivo, o prazo

para embargos à execução começa a correr de forma individual para cada executado, contando-se o prazo a partir da juntada aos autos da correspondente intimação da penhora.
- A empresa Regina Alimentos S/A foi citada na pessoa de seu representante, o qual se recusou a assinar a intimação da penhora. A recusa do procurador configura manifesta má-fé processual, uma vez que nos autos encontra-se mandato que lhe dá poderes de representação judicial das empresas ora recorrentes. Tal instrumento não tem prazo determinado, de modo que caberia à executada demonstrar que o diretor não mais detinha os poderes descritos na procuração. Ressalte-se que José Oberdan de Menezes Felício, após reiteradas negativas, acabou por aceitar a intimação e receber o encargo de depositário dos bens objeto da constrição.
- Em seus embargos empresa Cristal Agropecuária LTDA. suscitou a ausência de poderes de representação de José Oberdan. Aqui, impõe-se a aplicação da teoria da aparência, uma vez que o citado sempre figurou nos quadros da empresa como sócio-administrador, conforme a própria apelante comprovou quando da propositura de seus embargos. Somente quando da interposição do apelo é que a recorrente informou quem deveria receber as intimações. Importante salientar que José Oberdan aceitou receber a citação, mas não a intimação. Assim, foi o citado que induziu em erro o Oficial de Justiça, na medida em que assinou o ato citatório, não fazendo qualquer ressalva quanto ao fato de não ter poderes para tal.
- Deste modo, como a citação e a frustrada intimação da penhora se deram no mesmo momento em relação às duas empresas, o prazo de defesa iniciou-se, para ambas, em 05 de setembro de 2005. Tendo os embargos à execução sido protocolizados no dia 30 de maio de 2006, sua intempestividade é manifesta.
- Sendo os embargos extintos em razão da extemporaneidade, subsiste o interesse processual para o manejo da exceção de pré-executividade, sendo essa restrita às matérias de de ordem pública, suscitáveis a qualquer tempo ou relativas a direito superveniente, desde que a prova seja pré-constituída.
- Sobre a exequibilidade do termo de confissão de dívida, entende-se que ele constitui, por si só, título executivo extrajudicial, consoante disposição expressa do art. 585, II, do CPC. Inteligência da súmula nº 300 do Superior Tribunal de Justiça.
- Ainda que se entenda de forma diversa, a executada Regina Alimentos, em sua exordial dos embargos, afirmou expressamente que as faturas mercantis foram emitidas em conformidade com as

leis do Uruguai, atraindo a incidência do § 2º, *in fine*, do art. 585, da Lei Adjetiva.
- Na Escritura Pública de Confissão de Dívida, foram ajustadas novas datas para o cumprimento das obrigações consubstanciadas nas faturas mercantis, sendo o vencimento mais tardio estipulado em 31 de maio de 2002, data anterior à propositura da execução. O referido pacto veicula obrigação positiva e líquida, de forma que o simples decurso do prazo de vencimento importa em constituição do devedor em mora, sendo desnecessária qualquer interpelação judicial ou extrajudicial. É o que impõe o art. 397, do Código Civil, o qual não conflita com a antiga redação do art. 580, do Código de Processo Civil, vigente à época da propositura da ação. Precedentes do STJ.
- Incabível, por outro lado, a argumentação de que a dívida em dólares carece de liquidez, uma vez que a delimitação do *quantum* devido exige meros cálculos aritméticos. O negócio celebrado entre as partes tratou, inclusive da taxa de câmbio aplicável à espécie.
- Ante o exposto, verifica-se que as obrigações veiculadas na Escritura Pública de Confissão de Dívida são líquidas, certas e exigíveis, motivo pelo qual deve o feito executivo ter seu curso continuado de forma regular.
- Apelações nos processos de embargos à execução conhecidas e desprovidas. Apelação no âmbito de exceção de pré-executividade conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações nº. 736-03.2006.8.06.0119/1, 743-92.2006.8.06.0119/1 e 574-71.2007.8.06.0119/1, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer dos recursos em referência para negar provimento aos apelos de nº 736-03.2006.8.06.0119/1, 743-92.2006.8.06.0119/1 e dar provimento à apelação nº 574-71.2007.8.06.0119/1, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 05 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Em exame, três recursos de apelação cível e um agravo de instrumento todos decorrentes de ação de execução ajuizada por Cargill Saci Sucursal Uruguay

contra a empresa Regina Alimentos S/A em litisconsórcio passivo necessário com a garantidora, hipotecante e pignoratícia, Cristal Agropecuária LTDA, bem como os fiadores da executada Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima. .

A primeira apelação, de nº 736-03.2006.8.06.0119/1, foi interposta por Regina Alimentos S/A, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima contra sentença em embargos à execução por eles ajuizada.

A empresa promovida Cristal Agropecuária LTDA também ajuizou embargos à execução, os quais foram julgados improcedentes, autorizando a interposição do recurso nº 743-92.2006.8.06.0119/1.

O terceiro apelo, nº 574-71.2007.8.06.0119/1, por sua vez, foi manejado pela mencionada exequente contra os primeiros apelantes com o fito de reformar sentença que julgou procedente exceção de pré-executividade por eles oposta.

Primeiramente, entendo como conveniente ao deslinde dos recursos e melhor entendimento da controvérsia relatar as ocorrências mais relevantes da ação expropriatória, cuja exordial às fls. 02/09, descreve seu objeto como sendo a escritura pública de confissão de dívida com garantia hipotecária, pignoratícia e pessoal, celebrada pelos executados de um lado e a exequente de outro, cujo valor restou fixado em US$ 1.623.634,90 (um milhão, seiscentos e vinte e três mil, seiscentos e trinta e quatro dólares e noventa centavos) e seria decorrente de transação mercantil internacional realizada entre Cargill Saci Sucursal Uruguay e Regina Alimentos S/A, geradora dos contratos de nº MZS 951, MZS 960, MZS 971, MZS 974 e MZS 986, tendo esses originado várias faturas mercantis, as quais não teriam sido quitadas em seus devidos prazos.

Aduz a autora que a segunda executada, Cristal Agropecuária LTDA, ofereceu, em garantia hipotecária, em primeiro e único grau e sem concorrência de terceiros, bem imóvel de sua propriedade, assim como garantia pignoratícia consubstanciada em penhor industrial de primeiro e único grau de todas as máquinas e equipamentos que compõem o incubatório situado no imóvel hipotecado.

Os fiadores Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima, por sua vez, comprometeram-se pelo cumprimento de todas as obrigações principais, acessórias e moratórias descritas na confissão de dívida tendo, expressamente, afastado os benefícios de ordem, divisão e exclusão.

Alega que, tendo havido amortização parcial de algumas *invoices* (faturas mercantis) pela primeira executada, o saldo devedor, acima descrito em dólares, equivaleria em moeda nacional a R$ 4.433.659,80 (quatro milhões, quatrocentos e trinta e três mil, seiscentos e cinquenta e nove reais e oitenta centavos). Afirma que, em observância com o disposto na Lei nº 9.298/96, o percentual da multa, prevista no contrato em 10%, foi reduzido para 02% (dois por cento).

Acostou documentos de fls. 10/36.

Mandado de penhora e avaliação cumprido às fls. 113/117, tendo estimado os bens indicados pela exequente em R$ 1.270.784,50 (um milhão, duzentos e setenta

mil, setecentos e oitenta e quatro reais e cinquenta centavos). À fls. 124/126, a autora manifestou sua aquiescência com o laudo e requereu o prosseguimento da execução pelo saldo devedor remanescente.

A executada Cristal Agropecuária LTDA, às fls. 168/169, requereu a imediata suspensão do feito ante a possibilidade de dano irreparável ou de difícil reparação, bem como a efetuação de nova avaliação dos bens. Acostou laudo de avaliação às fls. 170/260. Da mesma forma, a executada Regina Alimentos S/A trouxe avaliação própria às fls. 274/364.

Em decisão de fls. 380/382, a juíza *a quo*, considerando que o laudo pericial acostado pelas executadas foi confeccionado pela AVATEC, mesma avaliadora dos bens por ocasião da celebração do contrato de confissão de dívida, entendeu pelo acolhimento da peça técnica trazida pelas rés, homologando seus cálculos. Tal decisão interlocutória foi objeto do agravo de instrumento de nº 4904-80.2007.8.06.0000/0.

O *decisum* acima manifestou-se, também, acerca do pedido de adjudicação feito pela exequente, determinando que ela apresentasse de caução idônea para que tal requerimento fosse apreciado.

Sem ocorrências de maior relevância, passo a relatar o primeiro apelo, de nº 736-03.2006.8.06.0119/1, manejado por Regina Alimentos S/A, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima contra sentença de improcedência dos embargos à execução.

A sentença, às fls. 54/59, extinguiu a ação sem julgamento de mérito pela intempestividade. A magistrada *a quo* fundou seu julgado nas seguintes razões: a penhora ocorreu no dia 23 de agosto de 2005, tendo o mandado sido acostado aos autos no dia 05 de setembro do mesmo ano.

Para a MM. Juíza, a despeito de o Sr. José Oberdan de Menezes Felício ter afirmado ao Oficial de Justiça que não era representante da empresa Regina Alimentos S/A, ele tem poderes conferidos por procuração pública para representar a executada em juízo ou fora dele, conforme procuração à fl. 62.

Ressaltou a magistrada que, inclusive, já havia decidido pela regularidade da citação feita na pessoa de José Oberdan de Menezes Felício no processo executório. Assim, apesar de sua negativa em assinar o mandado de penhora e em receber o *munus* de Fiel Depositário, a intimação é válida, de modo que o prazo para a interposição de embargos exauriu-se em 15 de setembro de 2005. Tendo os embargos à execução sido protocolizados no dia 30 de maio de 2006, esses foram considerados intempestivos.

Contra a sentença, foram opostos embargos de declaração, os quais foram rejeitados. Assim, às fls. 83/86, a executada Regina Alimentos interpôs agravo retido para suscitar ofensa à lei processual decorrente da ausência do anúncio do despacho saneador anterior ao julgamento antecipado da lide. Aduziu ofensa ao art. 332, do CPC, pela não oportunização à autora para que produzisse provas.

Em seu recurso apelatório, às fls. 104/113, Regina Alimentos requereu, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido acima descrito, o deferimento de

efeito suspensivo ao apelo e pugnou pela reforma do julgado, sob o argumento de que a ausência de citação e de intimações acarreta a nulidade do processo.

Contrarrazões de Cargill Saci Sucursal Uruguay às fls. 142/151.

Passo a relatar a apelação nº 743-92.2006.8.06.0119/1, aviada pela empresa promovida Cristal Agropecuária LTDA, por ocasião da sentença de improcedência dos embargos à execução por ela ajuizados.

A sentença recorrida reproduziu *in totum* o conteúdo do comando sentencial exarado no processo acima relatado, rejeitando liminarmente os embargos à execução com base na intempestividade.

Nas razões recursais, de fls. 165/171, a apelante afirma que foi intimada da penhora somente no dia 22 de maio de 2006, tendo ajuizado os embargos no dia 30 do mesmo mês, o que afasta a tese de intempestividade. Para corroborar suas alegações, colaciona trecho da decisão interlocutória, exarada nos autos da execução, em que se lê que as intimações de todos os litisconsortes da penhora serão feitas após a sua integralização pelo Oficial de Justiça. Em razão do conteúdo de tal interlocutória, afirma que o comando sentencial carece de motivação, pois não justificou a desconsideração daquele *decisum*.

Devolve, também, a impossibilidade de intimação da penhora na pessoa de José Oberdan de Menezes Felício, sob o fundamento de que ele nunca poderia representar a empresa Cristal Agropecuária LTDA, haja vista tratar-se de sócio minoritário desprovido de qualquer poder de mando ou de representação. Aponta o Sr. Victor Studart Gomes Lima como legítimo, e único, representante judicial e extrajudicial da pessoa jurídica ora recorrente, conforme certidões da Junta Comercial do Estado do Ceará.

Acostou documentos de fls. 172/328.

Contrarrazões de apelação às fls. 335/345.

Prosseguindo, chego ao recurso apelatório manejado pela exequente Cargill Saci Sucursal Uruguay, às fls. 53/68, para desconstituir sentença que acolheu exceção de pré-executividade, intentada por Regina Alimentos S/A, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Studart Gomes Lima, para extinguir a execução.

O decreto sentencial, de fls. 34/51, acolheu a tese de que as *invoices* não constituem título executivo extrajudicial. Afirmou que, a despeito de a escritura de confissão de dívida ser um título executivo extrajudicial, no caso em análise, ela não poderia ensejar uma execução, pois pretendeu atribuir força executiva a uma fatura internacional, o que é vedado em nosso ordenamento jurídico.

Argumentou que mesmo na hipótese daqueles títulos serem executivos, tais *invoices* sequer foram juntadas aos autos, o que impede a demonstração de certeza e exigibilidade.

Em suas razões recursais, às fls. 54/68, a autora do processo executivo devolveu as seguintes matérias: a) falta de interesse de agir dos apelados, no que toca a exceção de pré-executividade, haja vista a matéria suscitada no incidente ser passível

de discussão em sede de embargos à execução, os quais foram opostos e julgados improcedentes; b) a escritura pública de confissão de dívida constitui, por si só, título executivo extrajudicial dotado de todos os requisitos necessários ao ajuizamento da ação executiva, a saber, certeza, liquidez e exigibilidade; c) as *invoices* são originárias de legítimas operações mercantis internacionais firmadas entre as partes, tendo sido reconhecidas pela apelada por ocasião da pactuação da Escritura Pública de Confissão de Dívida, tendo o débito, inclusive, sido amortizado parcialmente pela recorrida; d) a cláusula quinta da mencionada Escritura Pública é suficiente para constituir em mora a devedora; e) injustiça da condenação da recorrente ao pagamento de honorários sucumbenciais no percentual de 20% sobre o valor da causa atualizado.

Contrarrazões às fls. 76/80.

É o relatório.

VOTO

Aprecio, primeiramente, o recurso interposto por Regina Alimentos S/A.

Em seu apelo, a executada requereu, preliminarmente, o conhecimento do agravo retido manejado contra ausência do anúncio do despacho saneador anterior ao julgamento antecipado da lide e o deferimento de efeito suspensivo ao recurso. No mérito, pugnou pela reforma do julgado, sob o argumento de que a ausência de citação e de intimações acarreta a nulidade do processo.

Compulsando os autos, vejo que, à fl. 21, foi anunciado o julgamento antecipado pela magistrada, tendo as partes sido intimadas de tal abreviação processual. Ressalte-se que, em sua inicial de embargos, a recorrente não especificou nenhuma prova que pretendesse produzir. Formulou apenas requerimento genérico.

No que tange à ausência de fundamentação da decisão que anunciou o julgamento antecipado da lide, razão não assiste à apelante. O julgamento antecipado da lide é matéria de convencimento do julgador. Existindo razões para fazê-lo, torna-se imperativo, e não facultativo, o dever jurisdicional na espécie, tanto mais, quando a subsidiar dito convencimento avultam provas de natureza documental, suficientes *quantum satis* ao desate da controvérsia, inexistindo, por igual, norma processual a tornar cogente a declaração do julgador das razões a que assim chegara.

O que se entende é que basta o anúncio pelo magistrado, cabendo à parte irresignada a demonstração de que espécie de prova deseja produzir. A peça de agravo, às fls. 83/86, não especifica qual prova seria necessária ao desate da controvérsia, não se mostrando apta a afastar a discricionariedade judicial para o julgamento antecipado da lide.

Por outro lado, o recurso foi manejado intempestivamente, uma vez que deveria ter sido utilizado contra o anúncio de fl. 21 e não por ocasião da decisão de embargos de declaração opostos contra sentença de primeiro grau.

Rejeitada, portanto, a preliminar.

Sobre a ausência de citação e de intimações da penhora, matéria devolvida nos recursos aviados por Regina Alimentos e Cristal Agropecuária, os apelantes defendem que os embargos à execução não poderiam ter sido extintos por intempestividade, uma vez que seu prazo seria iniciado a partir da juntada aos autos da prova da intimação da penhora, consoante a letra da antiga redação do art. 738, do CPC:

> "Art. 738. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados:
> I – da juntada aos autos da prova da intimação da penhora;"

Compulsando os fólios, vejo, às fls. 38/40, que foi expedida carta precatória para que os executados Regina Alimentos S/A, Cristal Agropecuária LTDA, Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Gomes Lima fossem, no mesmo ato, citados para pagar em vinte e quatro horas e intimados da penhora, caso pretendessem embargar a execução.

Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Gomes Lima foram citados, mas a penhora não foi realizada, uma vez que os bens sobre os quais ela deveria recair encontravam-se em outra comarca (fl. 46, verso).

As empresas Regina Alimentos S/A e Cristal Agropecuária LTDA foram citadas na pessoa do Sr. José Oberdan de Menezes Felício (fl. 50, verso). A intimação da penhora não foi efetuada devido ao fato de os bens indicados pela exequente encontrarem-se em Maranguape.

Consta dos autos, também, a recusa de José Oberdan em receber a intimação da penhora, não tendo, inclusive, aceitado o encargo de depositário particular. Registre-se que no processo repousa, à fl. 51, instrumento procuratório, mediante o qual a empresa Regina Alimentos S/A confere, por tempo indeterminado, poderes ao Sr. José Oberdan de Menezes Felício para representar a sociedade em juízo ou fora dele.

Posteriormente, às fls. 106/107, a magistrada de piso, reconhecendo inexistirem fundadas razões para o representante legal recusar-se a assinar o auto de penhora, bem como a receber o encargo de depositário dos bens constritos, converteu o julgamento em diligência para o fim de intimar o Oficial de Justiça para que ele integralizasse o auto de penhora, acostando a assinatura de José Oberdan.

O procurador das executadas foi devidamente intimado (fls. 113, verso), mas, novamente, recusou-se a assinar o auto de penhora, tendo indicado o Sr. Antônio Edmilson Lima Junior como representante legal das empresas. Em sua certidão, o Oficial de Justiça informa de sua suspeita de ocultação deliberada do indicado. O Auto de Penhora e Avaliação figura às fls. 114/117.

Finalmente, à fl. 121, chego à Certidão do Meirinho, datada de 22 de maio de 2006, na qual informa que colheu as assinaturas de José Oberdan e Antônio Edmilson Lima Junior, tendo o primeiro aceitado o encargo de depositário dos bens, bem como intimou da penhora Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Gomes.

Feita essa breve síntese, vejo que andou bem a MM. Juíza *a quo* ao extinguir, por intempestividade, os embargos à execução manejados por ambas as empresas executadas.

Para a julgadora de piso, a negativa de José Oberdan de Menezes Felício em assinar o mandado de penhora e em receber o *munus* de Fiel Depositário, não invalidou a primeira intimação, de modo que o prazo para a interposição de embargos exauriu-se em 15 de setembro de 2005. Tendo os embargos à execução sido protocolizados no dia 30 de maio de 2006, esses foram considerados intempestivos.

É sabido que José Oberdan não poderia ter se recusado a receber a intimação, de forma que o prazo para embargos teve sua fluência iniciada a partir de 05 de setembro de 2005.

A recusa daquele representante legal configura manifesta má-fé processual, uma vez que nos autos encontra-se procuração que lhe dá poderes de representação judicial da empresa Regina Alimentos S/A. Tal mandato, conforme disposição contratual expressa, não tem prazo determinado, de modo que caberia à executada demonstrar que o diretor não mais detinha os poderes descritos no instrumento. Não tendo se desincumbido desse ônus, não há que se invalidar o ato processual.

Ressalte-se que José Oberdan, após reiteradas negativas, acabou por aceitar a intimação e receber o encargo de depositário dos bens objeto da constrição. Evidente, portanto, sua capacidade processual para tanto, bem como o intuito protelatório.

Registre-se que a procuração de fl. 77, acostada por Regina Alimentos, onde se lê que Luiz Itamar Pessoa tem poderes para receber citação e intimação, não prejudica o entendimento ora esposado, na medida em que este instrumento não tem o condão de retirar os poderes conferidos a José Oberdan. Tais prerrogativas não são exclusivas, podendo ser exercidas de forma concomitante.

Outro ponto devolvido no recurso da empresa Cristal Agropecuária LTDA. é a ausência de poderes de representação de José Oberdan.

Aqui, impõe-se a aplicação da teoria da aparência.

Veja-se que Sr. José Oberdan de Menezes Felício sempre figurou nos quadros da empresa como sócio-administrador, conforme a própria apelante comprovou quando da propositura de seus embargos (fl. 15).

Somente quando da interposição do recurso apelatório é que a recorrente informou sobre quem deveria receber as intimações.

Importante salientar que o Oficial de Justiça dirigiu-se ao endereço da empresa Cristal e lá foi informado que a pessoa competente para receber a citação e a intimação encontrava-se noutra localidade. Nesse último endereço, o Meirinho localizou José Oberdan que aceitou receber a citação, mas não a intimação da penhora.

Assim, foi o citado que induziu em erro o Oficial de Justiça, na medida em que assinou o mandado de citação, não fazendo qualquer ressalva quanto ao fato de não ter poderes para tal.

Sobre a teoria da aparência, transcrevo entendimento pacificado do STJ:

> "PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – INTIMAÇÃO – PESSOA JURÍDICA – TEORIA DA APARÊNCIA – SÚMULA 7/STJ – PRECEDENTES – RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.
> 1. A Corte Especial, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 156.970/SP (Rel. Min. Vicente Leal, DJ 22.10.2001), consagrou o seguinte entendimento: "(...) é de se aplicar a teoria da aparência para reconhecer a validade da citação da pessoa jurídica realizada em quem, na sua sede, se apresenta como seu representante legal e recebe a citação, sem qualquer ressalva quanto à inexistência de poderes para representá-la em Juízo".
> 2. No caso dos autos, da análise do conjunto fático-probatório, entendeu o Tribunal de origem o seguinte: "É inconteste que o executado, ora agravante, teve ciência do Mandado de Penhora, Avaliação e Registro", porquanto "alguém, em sua sede e em seu nome, foi intimado e aceitou o encargo de depositário. Sendo assim, despicienda a alegação de que a Sra. Jussara Salazar não é representante legal do agravante, mormente, quando a jurisprudência firmou-se no sentido de que é válida a citação da pessoa jurídica realizada na pessoa que, em sua sede, se apresenta como sua representante legal sem qualquer alegação quanto à falta de poderes de representação, como *in casu*".
> (...)
> Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1037329/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 16/09/2008)"

Irrelevante, por outro lado, é o fato de a ação executiva ter como réus não somente as empresas, mas também os fiadores Antônio Edmilson Lima Júnior e Sara Rosita Gomes.

É cediço que, em se tratando de execuções com pluralidade no polo passivo, o prazo para embargos à execução começa a correr de forma individual para cada executado, contando-se o prazo a partir da juntada aos autos da correspondente intimação da penhora.

No mesmo sentido, entendimento deste Sodalício exarado na vigência da antiga redação do art. 738, I, do CPC:

> "PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS. PRAZO. VÁRIOS RÉUS. O devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados da juntada aos autos da prova da intimação da penhora, nos termos do art. 738, I do CPC. Cada co-devedor se legitima para a propositura dos embargos na medida em que os seus bens são penhorados. Autonomia dos embargos de cada co-executado. Não há impedimento à realização da penhora mesmo que um dos executados não tenha sido citado, já que o prazo do art. 652 do CPC é individual, não se aplicando subsidiariamente o disposto nos arts. 241, III, e 298, parágrafo único do CPC. Precedentes do STJ. Recurso não provido.
> (Agravo de instrumento nº 2186050200280600000; Relator(a): JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de

> registro: 14/04/2005)"

Assim, há intempestividade em relação às defesas manejadas por Regina Alimentos S/A e Cristal Agropecuária LTDA, vez que para elas o prazo dos embargos à execução iniciou-se em 05 de setembro de 2005.

Mantidas, portanto, as sentenças que extinguiram os embargos à execução.

Prossigo para tratar do apelo manejado pela exequente contra decisão de procedência da exceção de pré-executividade.

Sobre a falta de interesse de agir, entendo que a exceção mostra-se adequada, na medida em que a improcedência dos embargos à execução deu-se unicamente pela intempestividade. Não se adentrou no mérito, de forma que essa modalidade de defesa mostra-se útil e necessária ao devedor.

Há, no entanto, que ser feita uma única ressalva.

Decorrido o prazo para o executado embargar a execução, o manejo da exceção tem seu objeto limitado às questões cognoscíveis de ofício ou supervenientes, aplicando-se subsidiariamente o art. 303, do CPC, segundo o qual:

> "Art. 303. Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:
> I – relativas a direito superveniente;
> II – competir ao juiz conhecer delas de ofício;
> III – por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo."

No mesmo sentido, prelecionam Fredie Didier Jr., Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Editora JusPodivm. Salvador. 2009. pp. 393/394):

> "Já se viu que os embargos à execução e a impugnação, na sua feição atual, não dependem mais de penhora, depósito ou caução para o seu oferecimento. Em razão disso, parece, em princípio, que não há mais utilidade na oposição da exceção de não-executividade. Tendo em vista que agora qualquer defesa pode ser alegada sem prévia garantia do juízo, mesmo aquelas que dependem de prova *causal* (não pré-constituída), não há mais utilidade no manejo de um instrumento de defesa com limitações probatórias como a exceção de não-executividade.
> (…)
> Há, porém, alguns casos em que ela ainda pode ser útil.
> Na execução, quando o executado perder o prazo para a defesa, a exceção de não-executividade ainda pode ser útil como instrumento para alegações de questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, aplicando-se o disposto no art. 303, CPC, desde que a prova seja pré-constituída."

Afastada a preliminar, como a exceção veicula questões de ordem pública

e traz consigo prova pré-constituída, passo ao julgamento do mérito recursal.

Sobre a exequibilidade do termo de confissão de dívida, entendo que ele, por si só, é título executivo extrajudicial, consoante disposição expressa do art. 585, II, do CPC:

> "Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
> II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;"

Assim, tenho como desnecessária a aferição dos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar da celebração das faturas internacionais, conforme dispõe o § 2º, do art. 585, da Lei Adjetiva, haja vista a autonomia de que goza o contrato de confissão de dívida. Veja-se que o inciso II, do art. 585, do CPC, não condicionou a exequibilidade do documento particular a quaisquer verificações do título que o tenha antecedido.

Ainda que se entendesse de forma diversa, a executada Regina Alimentos S/A, em sua exordial dos embargos, afirmou expressamente (fl. 05) que as faturas mercantis foram emitidas em conformidade com as leis do Uruguai, afastando quaisquer discussões acerca do atendimento aos requisitos de formação daqueles títulos executivos.

Vê-se, então, que de uma maneira ou de outra há título extrajudicial apto a ensejar uma ação de execução.

Por fim, sobre a força executiva da confissão de dívida, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento sumulado, segundo o qual:

> "Súmula 300. O instrumento de confissão de dívida, ainda que originário de contrato de abertura de crédito, constitui título executivo extrajudicial."

O contrato de confissão de dívida, então, independentemente da intenção ou não de novar, é considerado título extrajudicial, possuindo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade.

Prosseguindo, passo a verificar a ocorrência do inadimplemento necessário a tornar a obrigação exigível.

Neste ponto, da leitura da Escritura Pública de Confissão de Dívida, às fls. 18/21, vejo que foram ajustadas novas datas para o cumprimento das obrigações consubstanciadas nas faturas mercantis, sendo o vencimento mais tardio estipulado em 31 de maio de 2002.

Este julgador entende que a Escritura veicula obrigação positiva e líquida, uma vez que delimitada quanto ao seu objeto, de forma que o simples decurso do prazo de vencimento importa em constituição do devedor em mora, sendo desnecessária qualquer interpelação judicial ou extrajudicial. É o que impõe o art. 397, do Código

Civil, o qual não conflita com a antiga redação do art. 580, do Código de Processo Civil, vigente à época da propositura da ação:

> "Art. 397. O inadimplemento da obrigação, positiva e líquida, no seu termo, constitui **de pleno direito** em mora o devedor." Grifei.
>
> "Art. 580. Verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução.
> Parágrafo único. Considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo"

No mesmo sentido, entendimento há muito sedimentado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

> "1. PROCESSO CIVIL. TÍTULO EXECUTIVO. EMBARGOS DO DEVEDOR. Os embargos do devedor constituem ação incidental à ação de execução, mas isso não lhes inibe a cognição plena, reconhecida por toda a doutrina, nem a sua eventual procedência, em parte, descaracteriza o título executivo.
> 2. CIVIL. VENCIMENTO ANTECIPADO DA DÍVIDA. A cláusula que, para a hipótese de falta de pagamento das prestações do preço antecipa o vencimento da dívida, acarreta a mora ex re, que, por sua própria natureza, dispensa a notificação do devedor.
> Recurso especial conhecido e provido. (REsp 453.609/PR, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/09/2002, DJ 10/03/2003, p. 200)"

Incabível, por outro lado, a argumentação de que a dívida em dólares carece de liquidez, uma vez que a delimitação do *quantum* devido exige meros cálculos aritméticos.

Sobre a taxa de câmbio aplicável, o parágrafo segundo da cláusula terceira estabeleceu que:

> "Na hipótese de eventual execução deste instrumento no Brasil, fica estipulado que os contravalores em moeda corrente nacional equivalentes às quantias devidas em moeda estrangeira serão sempre calculados com base na taxa de câmbio de venda dessa moeda, divulgada pelo Banco Central do Brasil, através do Sistema de Informações do Banco Central (SISBACEN)".

Sobre a liquidez como atributo da obrigação representada no título, discorrem Fredie Didier Jr., Leonardo Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira (Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Editora JusPodivm. Salvador. 2009. p. 154):

> "Se constar do título o valor da obrigação, há liquidez. Caso, todavia,

> seja necessária, para se aferir o valor, uma simples operação aritmética, também há liquidez. O valor constante do título pode, com o tempo, sofrer variações, vindo a ser majorado ou minorado, em razão, respectivamente, de acréscimos de encargos ou de amortização da dívida. Tais variações não afetam a liquidez, nem tornam a obrigação ilíquida."

Por todo o exposto, tenho como líquidas, certas e exigíveis as obrigações veiculadas na Escritura Pública de Confissão de Dívida, motivo pelo qual deve o feito executivo ter seu curso continuado de forma regular.

À vista do exposto, conheço dos recursos, conquanto preenchidos seus requisitos de admissibilidade, para negar provimento às apelações nº 736-03.2006.8.06.0119/1 e nº 743-92.2006.8.06.0119/1, mantendo as sentenças que consideraram intempestivos os embargos à execução. Dou provimento, pelas razões já expostas, ao apelo nº 574-71.2007.8.06.0119/1, para reformar a sentença que julgou procedente a exceção de pré-executividade.

É como voto.

Fortaleza, 05 de setembro de 2012.

Apelação Cível nº 0000075-82.2010.8.06.0119
Apelante: Ana Cristina Sales Cordeiro
Apelado: Cícero Aquino do Nascimento
Local de origem: 2ª Vara da Comarca de Maranguape
Ação de origem: ordinária
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. COBRANÇA. IMÓVEL NÃO PARTILHADO POR OCASIÃO DO DIVÓRCIO – EX CÔNJUGES ALÇADOS À CONDIÇÃO DE CONDÔMINOS. FRUTOS DECORRENTES DO ALUGUEL – DIVISÃO QUE SE IMPÕE. SENTENÇA MANTIDA.

1. Como o bem objeto do litígio não foi partilhado por ocasião do divórcio do casal, os ex-cônjuges foram alçados à condição de condôminos pro indiviso do imóvel, até que seja feita sua alienação. Nessa circunstância, a relação havida entre ambos deve ser regida pelas normas do Capítulo VI do Código Civil, notadamente os arts. 1.315 e 1.319, que impõem a divisão dos frutos e das despesas de conservação do bem.

2. O autor afirmou que a ré auferiu sozinha os frutos da locação do imóvel pertencente ao casal e não partilhado por ocasião do divórcio, provando o alegado por documento e depoimento testemunhal.

3. Já a apelante admite ter alugado o imóvel, embora por apenas seis meses, mas alega que toda a quantia recebida no período a título de aluguel foi revertida na manutenção do bem. Contudo, apesar de sustentar que não auferiu nenhum lucro com a locação do imóvel, não produziu qualquer prova nesse sentido, ônus que lhe incumbia.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível nº 0000075-82.2010.8.06.0119, 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, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Ana Cristina Sales Cordeiro contra sentença proferida pelo juízo da 2ª Vara da Comarca de Maranguape, nos autos

da ação ordinária ajuizada por Cícero Aquino do Nascimento.

Na origem, o autor alega que a promovida, sua ex-mulher, não cumpriu o acordo verbal celebrado por ocasião do divórcio do casal, deixando de efetuar o pagamento das prestações de um imóvel adquirido através de financiamento da Caixa Econômica Federal.

Afirmando que a promovida alugou o referido imóvel no período de fevereiro de 2005 a julho de 2009, pleiteia o recebimento de metade dos valores auferidos com a locação.

Por sentença exarada às fls. 113/116, a magistrada de primeiro grau julgou parcialmente procedente o pleito autoral, condenando a acionada ao pagamento de metade dos valores recebidos pelo aluguel do imóvel no período de janeiro de 2007 a julho de 2009, com juros e correção monetária.

Irresignada com a referida decisão, a ré apresentou recurso de apelação, em cujas razões de fls. 120/126 afirma que não há prova nos autos de que tenha auferido qualquer lucro com a locação do imóvel, e que os valores obtidos no período em que o apartamento esteve locado foram integralmente revertidos na manutenção do próprio imóvel.

Quanto à regularização do financiamento junto à Caixa Econômica Federal, afirma que não fez nenhum acordo com o autor, e que a obrigação é também do promovente, pois o contrato com a instituição financeira foi celebrado pelo casal.

Contrarrazões às fls. 130/133, pugnando pelo improvimento do recurso.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos.

Não há razão para modificar a sentença proferida.

Como o bem objeto do litígio não foi partilhado por ocasião do divórcio do casal, os ex-cônjuges foram alçados à condição de condôminos pro indiviso do imóvel, até que seja feita sua alienação. E, nessa circunstância, a relação havida entre ambos deve ser regida pelas normas do Capítulo VI do Código Civil, notadamente os arts. 1.315 e 1.319, que dispõem:

> Art. 1.315. O condômino é obrigado, na proporção de sua parte, a concorrer para as despesas de conservação ou divisão da coisa, e a suportar os ônus a que estiver sujeita.
>
> Art. 1.319. Cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa e pelo dano que lhe causou.

Sobre o tema, é firme o posicionamento do egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> Direito civil. Família. Recurso especial. Ação de cobrança de indenização entre ex-cônjuges, em decorrência do uso exclusivo de imóvel ainda não partilhado. Estado de condomínio. Indenização correspondente a metade do valor da renda de estimado aluguel, diante da fruição exclusiva do bem comum por um dos condôminos. *(Omissis)*.
> - Enquanto não dividido o imóvel, a propriedade do casal sobre o bem remanesce, sob as regras que regem o instituto do condomínio, notadamente aquela que estabelece que cada condômino responde aos outros pelos frutos que percebeu da coisa, nos termos do art. 1.319 do CC/02. Assim, se apenas um dos condôminos reside no imóvel, abre-se a via da indenização àquele que se encontra privado da fruição da coisa.
> - *(Omissis)*.
> Recurso especial parcialmente provido. (REsp 983.450/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/02/2010, DJe 10/02/2010).

O autor afirmou que a autora auferiu sozinha os frutos da locação do imóvel pertencente ao casal e não partilhado por ocasião do divórcio. Para comprovar o alegado, juntou à exordial o documento de fl. 07, com firma reconhecida em cartório, em que a subscritora afirma ter sido inquilina do referido imóvel, no período de fevereiro de 2005 a julho de 2009, declinando, inclusive, os valores pagos mensalmente a título de aluguel. Tais informações foram confirmadas através da única testemunha ouvida em Juízo (fl. 70).

Já a apelante admite ter alugado o imóvel, embora por apenas seis meses, mas alega que toda a quantia recebida no período a título de aluguel foi revertida na manutenção do bem. Contudo, apesar de sustentar que não auferiu nenhum lucro com a locação do imóvel, não produziu qualquer prova nesse sentido.

Com efeito, a recorrente não trouxe aos autos nenhum documento demonstrando os gastos com a manutenção do imóvel, nem qualquer testemunha que pudesse atestar o período em que o imóvel esteve locado.

Segundo dispõe o artigo 333, incido II, do CPC, é ônus da parte ré fazer prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, e desse ônus a apelante não se desincumbiu satisfatoriamente.

Mediante o exposto, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença proferida nos presentes autos.

É como voto.

Fortaleza, 11 de julho de 2012.

PROCESSO Nº 758146-51.2000.8.06.0001/1.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: FLORÊNCIO FLÁVIO FONTENELE MARTINS.
APELADA: RF PARTICIPAÇÕES LTDA.
APELADA: AUGE MOTOS LTDA.
APELADA: SOBRAL MOTOS VEÍCULOS LTDA.
APELADA: JUNTA COMERCIAL DO ESTADO DO CEARÁ - JUCEC.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. CONFIGURADA LITISPENDÊNCIA PARCIAL. EXTINÇÃO DO PROCESSO EM PARTE. SENTENÇA REFORMADA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 515, §3º, DO CPC. FALTA DE INTERESSE DA JUNTA COMERCIAL. ANÁLISE DA LEGALIDADE DO ATO DA JUCEC. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. REMESSA DOS AUTOS. APELAÇÃO PROVIDA.

1. Há litispendência parcial, a impossibilitar a apreciação de eventual nulidade dos termos aditivos aos contratos sociais, uma vez que o pedido formulado nestes fólios se confunde em parte com as pretensões deduzidas nas ações anteriores, sendo imperiosa a decretação da extinção do processo quanto a esse pleito (art. 267, inciso V, do CPC), remanescendo, porém, o interesse processual no tocante à invalidade do registro promovido pela JUCEC.

2. A competência das Juntas Comerciais na análise dos pedidos de registro ou arquivamento, em consonância com o artigo 40 da Lei Federal nº 8.934/1994, limita-se ao exame das formalidades legais e essenciais dos documentos apresentados, cabendo-lhes apenas aplicar as disposições normativas atinentes ao registro público, sem jamais averiguar o mérito do ato praticado ou a existência de vícios que não sejam manifestos. Desse modo, por não ser incumbência da JUCEC apurar, quando do arquivamento de um documento, a ocorrência de algum defeito no negócio jurídico celebrado, torna-se necessária a extinção do processo no que diz respeito à percepção de coação ou simulação no 7º e no 10º Aditivos aos Contratos Sociais da Sobral Motos Ltda. e da Auge Motos Ltda., respectivamente, dada a ausência de legitimidade passiva da Junta Comercial Estadual.

3. A Justiça Federal, e não a Justiça Comum, é competente para examinar a legalidade do arquivamento realizado pela JUCEC de instrumento particular rasurado, em conformidade com a Lei Federal nº 8.934/1994, com o Decreto n° 1.800/1996, e com as instruções

normativas do DNRC. Precedentes do STJ.
4. Apelo parcialmente provido, com remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância (art. 109, I, CF/1988 e art. 113, §2º, CPC) para analisar o pedido remanescente.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer da apelação, **para dar-lhe parcial provimento e ordenar a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância para analisar o pedido remanescente**, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de julho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Florêncio Flávio Fontenele Martins em face de sentença (fls. 285-290, 305-307 e 369-372), proferida pelo Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que extinguiu, sem julgamento de mérito, com supedâneo no artigo 267, inciso V, do CPC, o processo manejado contra Auge Motos Ltda., Sobral Motos Veículos Ltda., RF Participações Ltda., e Junta Comercial do Estado do Ceará - JUCEC.

Na inicial, o autor sustenta que são nulos o 7º Aditivo e o 10º Aditivo aos Contratos Sociais da Sobral Motos Ltda. e da Auge Motos Ltda., respectivamente, porquanto há vício na manifestação de vontade do promovente, tratando-se de um negócio jurídico simulado.

Continua, asseverando que a sua assinatura nos mencionados instrumentos está rasurada, motivo pelo qual a Junta Comercial do Estado do Ceará – JUCEC não poderia efetuar o arquivamento dos referidos aditivos.

Ao final, pleiteia a declaração "de invalidade dos registros açoitados, como decorrência lógica da nulidade dos termos dos próprios Aditivos, seja em razão da simulação, da coação ou da rasura de seus termos, ou mesmo por força dos três vícios em conjunto" (fl. 10).

Empós a formação do contraditório (contestações de fls. 93-105 e 224-228), o magistrado singular, às fls. 285-290, extinguiu a demanda, com fundamento na litispendência deste feito com os processos nº 2002.02.38430-6 e 2003.02.29705-7, dada a similitude das partes, da causa de pedir e do pedido, e na ausência de interesse da JUCEC, que não participou do suposto ato de coação ou de simulação.

Opostos embargos de declaração (fls. 297-300) pelas promovidas, o juiz *a quo* deu-lhes provimento, no sentido de determinar que o demandante proceda a

restituição dos valores sacados por força da liminar.

Irresignado com o teor desse *decisum*, o promovente apresentou novos aclaratórios (fls. 341-345), os quais foram rejeitados (fls. 369-372).

Assim, o demandante apresentou apelação (fls. 374-379), alegando a inexistência de litispendência, mas sim de continência.

Transcurso *in albis* do prazo para contrarrazões (Certidão de fl. 436v).

A Procuradoria Geral de Justiça, em parecer de fls. 448-452, não se manifestou sobre o mérito do apelo por inexistir interesse público a que alude o art. 53, VI, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

No caso *sub examine*, o promovente, ora apelante, requer a nulidade do registro do 10º Aditivo ao Contrato Social da Auge Motos Ltda. e do 7º Aditivo ao Contrato Social da Sobral Motos Ltda., como consequência lógica da ilegalidade desses instrumentos particulares.

Para tanto, apresenta inúmeras questões que ensejariam a invalidade de tais documentos e que impossibilitariam o seu registro pela JUCEC, quais sejam: a suposta coação, simulação e as rasuras nas assinaturas.

Contudo, como bem observado pelo juiz *a quo*, a nulidade do 10º Aditivo ao Contrato Social da Auge Motos Ltda. e do 7º Aditivo ao Contrato Social da Sobral Motos Ltda. já está sendo examinada, respectivamente, nas ações nº 2002.02.38430-6 / 620763-31.2000.8.06.0001 e nº 2003.02.29705-7 / 675796-06.2000.8.06.0001 cujas cópias das petições iniciais foram acostadas às fls. 208-217, razão pela qual foi reconhecida a litispendência dos sobreditos processos e decretada a extinção deste feito.

Inconformado com o teor do *decisum* monocrático, em sede recursal, o apelante aduz estar configurada a continência entre esta querela e as demandas nº 2002.02.38430-6 (620763-31.2000.8.06.0001) e 2003.02.29705-7 (675796-06.2000.8.06.0001), o que apenas ocasionaria a reunião dos processos afins, não havendo falar em litispendência.

Sobre a distinção entre a continência e a litispendência, transcrevo a elucidativa lição de Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha:

> "[...] **b) Não se deve confundir continência com litispendência: na continência o pedido de uma demanda abrange (contém) o pedido da outra. Pedido aqui não é o conjunto dos pedidos formulados em uma petição inicial, mas cada um dos pedidos efetivamente deduzidos. Se em uma demanda há três pedidos e na outra há dois pedidos, não há continência porque a primeira ‹conteria› a segunda. Se os pedidos formulados na segunda demanda também foram formulados na**

primeira, o caso é de litispendência parcial."[1] (Destaques)

Da análise comparativa da petição inicial deste processo e das exordiais anteriores, percebe-se que os objetos desses autos se confundem em parte, especialmente no que se refere à decretação da invalidade do 7º e do 10º Aditivos, o que, somado à semelhança das partes RF Participações Ltda., Auge Motos Ltda., Sobral Motos Veículos Ltda. e da causa de pedir, caracteriza a litispendência processual (art. 301, inciso V, §§1º e 2º, do CPC[2]), e não a alegada continência (art. 104 do CPC[3]).

Entretanto, nada obstante a coincidência das partes e da causa de pedir, constata-se que o pedido formulado nestes autos é mais abrangente do que os das demandas anteriores, pois, além de almejar a nulidade dos retromencionados aditivos, também requer a anulação do registro efetuado pela JUCEC, o que não foi articulado antes.

Dessa forma, por ser evidente a litispendência parcial, a impossibilitar a apreciação de eventual nulidade dos termos aditivos aos contratos sociais, faz-se imperiosa a decretação da extinção do processo quanto a essa pretensão (art. 267, inciso V, do CPC[4]), remanescendo, porém, o interesse processual do promovente no tocante à invalidade do registro promovido pela JUCEC.

Por se tratar de questão meramente de direito e estando a causa madura para julgamento, com supedâneo no permissivo do artigo 515, §3º, do CPC[5], passo ao exame das demais matérias suscitadas nestes autos.

De início, vale esclarecer que a competência das Juntas Comerciais na análise dos pedidos de registro ou arquivamento, em consonância com o artigo 40 da Lei Federal nº 8.934/1994[6]**,** limita-se ao exame das formalidades legais e essenciais dos documentos apresentados, cabendo-lhes apenas aplicar as disposições normativas atinentes ao registro público, sem jamais averiguar o mérito do ato praticado ou a existência de vícios que não sejam manifestos, não lhes competindo, portanto, interferir nas relações jurídicas da sociedade.

Diante de tais considerações, conclui-se não ser incumbência da JUCEC, quando do registro dos sobreditos termos aditivos aos contratos sociais, apurar a ocorrência de simulação, coação ou qualquer outro defeito no negócio jurídico celebrado, uma vez que esta autarquia não possui o dever legal de verificar a presença de tais vícios, restringindo-se a observar o cumprimento das formalidades essenciais.

Por tais motivos, dada a ausência de legitimidade passiva da Junta Comercial do Estado do Ceará (art. 267, inciso VI, do CPC[7]), torna-se necessária a decretação da extinção do processo no que diz respeito à percepção de coação ou simulação no 7º e no 10º Aditivos.

Do mesmo modo, como visto linhas acima, tais questões referentes à eventual nulidade dos instrumentos particulares não podem ser apreciadas nesta querela, dada a litispendência parcial com as demandas anteriormente ajuizadas.

Nesse toar, cumpre ressaltar que inexiste a continência entre o pleito

remanescente e aqueles dos feitos anteriores, pois a nulidade do arquivamento pretendida em face da JUCEC, mormente a sua restrita competência, decorre somente da ausência de cumprimento dos requisitos disciplinados na Lei Federal nº 8.934/1994, não estando necessariamente vinculada a eventuais invalidades dos instrumentos particulares levados a registro.

Ademais, é cediço que ao efetuar o registro do instrumento particular a JUCEC deve observar as regras estipuladas pela Lei Federal nº 8.934/1994, pelo Decreto n° 1.800/1996 que a regulamenta, e pelas instruções normativas do Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC.

No concernente à subordinação das Juntas Comerciais ao Estado-membro e ao DNRC, ensina André Luiz Santa Cruz Ramos:

> "**A doutrina costuma destacar que as Juntas Comerciais, por fazerem parte da estrutura administrativa dos Estados, mas se sujeitarem, no plano técnico, às normas e diretrizes baixadas pelo DNRC, órgão central do SINREM e que integra a estrutura administrativa federal, possuem uma subordinação hierárquica híbrida. No plano técnico, as Juntas se submetem ao DNRC, enquanto no âmbito administrativo elas se submetem à administração estadual.** […]
> Em razão desse caráter híbrido de subordinação das Juntas Comerciais (ao Estado-membro respectivo e ao DNRC), o Superior Tribunal de Justiça tem firmado o entendimento de que há uma divisão de competência para apreciar ações judiciais em que a Junta Comercial seja parte. Tratando-se de matéria administrativa, a competência para processar e julgar as ações em que a Junta figure num dos polos da demanda é da Justiça comum estadual. **Em contrapartida, em se tratando de matéria técnica, relativa ao registro de empresa, a competência passa a ser da Justiça Federal, em virtude do interesse na causa do DNRC, conforme preceitua o art. 109, inciso I, da Constituição Federal.**"[8] (Destaques)

Nesse sentido é o remansoso entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que "tem decidido pela competência da Justiça Federal, nos processos em que figuram como parte a Junta Comercial do Estado, **somente nos casos em que se discute a lisura do ato praticado pelo órgão**, bem como nos mandados de segurança impetrados contra seu presidente, por aplicação do artigo 109, VIII, da Constituição Federal, em razão de sua atuação delegada"[9].

Na espécie, vislumbra-se que o autor, ora recorrente, almeja a anulação do registro dos aditivos aos contratos sociais em virtude de existir uma rasura nas assinaturas dos citados instrumentos, o que implicaria a imediata rejeição desses documentos pela Junta Comercial do Estado do Ceará.

Como se vê, o caso em apreço versa sobre a possibilidade de a JUCEC, em conformidade com a Lei Federal nº 8.934/1994, com o Decreto n° 1.800/1996, e com as instruções normativas do DNRC, proceder ao arquivamento de instrumento particular rasurado.

Portanto, como a presente relação jurídica se reporta à legalidade do ato praticado pela Junta Comercial, tem-se por inequívoca a competência da Justiça Federal para conhecer da lide, e não da Justiça Comum Estadual.

Sob tais fundamentos, **dou parcial provimento ao apelo**, para, reformando em parte a sentença, restabelecer a demanda quanto ao pedido de anulação do arquivamento de instrumentos particulares rasurados (7º e 10º aditivos), porém, nos termos do art. 109, I, da CF/1988 e do art. 113, §2º, do CPC**[10]**, determinar a remessa dos autos à Justiça Federal de primeira instância.

É como voto.

---

[1] DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Curdo de Direito Processual Civil: maios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. Vol. 3. 7ª ed. Salvador: Editora Jus PODIVM, 2012, p. 169.

[2] CPC, Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: V – litispendência; […] § 1º Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada, quando se reproduz ação anteriormente ajuizada. § 2º Uma ação é idêntica à outra quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

[3] CPC, Art. 104. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

[4] CPC, Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: […] V - quando o juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada;

[5] CPC, Art. 515. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. […] §3º Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

[6] Lei Federal nº 8.934/1994, Art. 40. Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela junta comercial. §1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência. §2º As exigências formuladas pela junta comercial deverão ser cumpridas em até 30 (trinta) dias, contados da data da ciência pelo interessado ou da publicação do despacho. §3º O processo em exigência será entregue completo ao interessado; não devolvido no prazo previsto no parágrafo anterior, será considerado como novo pedido de arquivamento, sujeito ao pagamento dos preços dos serviços correspondentes.

[7] CPC, Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: […] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

[8] RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Curso de Direito Empresarial: o novo regime jurídico-empresarial brasileiro*. 4ª ed. Salvador: Editora JusPODIVM, 2010, p. 78.

[9] STJ. 3ª Turma. **REsp 678.405/RJ**. Relator Ministro Castro Filho. julgado em 16/03/2006. DJ 10/04/2006, p. 179.

[10] CF/1988, Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; […]

CPC, Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. […] §2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

Apelação Cível nº 81701-65.2005.8.06.00001/1
Apelante: AB Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda
Apelado: Royal Express Comercial Ltda
Origem: 23ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE PASSIVA E FALTA DE INTERESSE. REJEITADAS. MÉRITO. ALEGAÇÃO DE SENTENÇA PROLATADA COM BASE EM PERÍCIA ANULADA. PROCEDENTE. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARA ANULAR A SENTENÇA COM RETORNO DOS AUTOS AO JUÍZO DE ORIGEM.

- Devem ser rejeitadas as preliminares de falta de interesse de agir e ilegitimidade da parte.
- Quanto à primeira, embora o contrato tenha terminado, ainda assim remanesce à parte a possibilidade de pedir ao Judiciário que verifique a adequação das cláusulas ali estipuladas com os princípios e normas da matéria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
- No que tange à ilegitimidade da parte: não se podendo concluir, *prima facie*, tal situação, impõe-se, ao que alega, a necessidade de provar o fato, o que não ocorreu. No caso de que se cuida, por outro lado, a autora da ação informou à ré que houve algumas mudanças na empresa de distribuição, com o fito de evitar futuras ações fiscais, mas que, administrativa e comercialmente, tais modificações se deram na estrutura interna da firma, não afetando o restante. Ou seja, formou-se um ponto contraditório, que deveria ter sido analisado no momento oportuno, o que também não aconteceu.
- No mérito, procede a afirmação do recorrente de que a sentença fora julgada com base em prova tornada sem efeito pelo juiz de origem, razão por que deve ser anulada.
- Do que consta nos autos, percebe-se que a prova pericial foi tornada sem efeito pelo magistrado de origem e, diferentemente do que afirma o apelado, tal prova não foi restabelecida por esta Corte de Justiça, quando da análise de recurso de agravo de instrumento, quer na fase inicial, de constatação da possibilidade de concessão de efeito suspensivo, quer no julgamento em si.
- Também não procede o argumento de que, mesmo sem a fixação dos pontos controvertidos, ainda assim correto o julgamento, visto que o juiz de piso entendeu não haver mais necessidade de qualquer prova. Ora, não houve pronunciamento judicial expondo as razões

para eventual prescindibilidade de outras provas. Pelo contrário, há uma vazio entre o *decisum* que anulou a prova pericial e intimou as partes para dizerem se pretendiam requerer outras provas e o julgamento da ação.

- Embora ao juiz seja dado o poder de decidir de acordo com sua convicção, conforme o princípio da livre persuasão, necessário, entretanto que motive adequadamente as razões pelas quais entende não haver mais necessidade de outras provas que não as constantes dos autos, sob pena de cerceamento de defesa.

- No caso em tela, evidencia-se necessária uma instrução probatória mais aprofundada, a fim de elucidar vários pontos apresentados pelas partes, entre os quais pode-se enumerar: ii) se houve, como disse a autora, uma invasão da área de venda de sua exclusividade, definida no contrato, por outras distribuidoras e que teria sido a causa da perda de lucro da empresa Royal Express Ltda; iii) quais teriam sido os atos praticados pela ré suficientes a ensejar a uma possível condenação ao pagamento de indenização etc.

- Percebe-se, então, que não é somente a utilização da prova pericial, já anulada, o ponto preponderante para determinar a anulação da sentença sob análise, mas sim a constatação de ausência de qualquer outra prova, suficiente por si só, para fundamentar as conclusões apresentadas no pronunciamento combatido.

- apelo conhecido e provido para anular a sentença combatida, determinando o retorno dos autos à Vara de origem a fim de que seja cumprido o acórdão prolatado em anterior agravo de instrumento que impôs ao juiz *a quo* a fixação dos pontos controvertidos, a decisão sobre as questões processuais porventura pendentes e a determinação de provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário, tudo em atenção ao que determinam as normas processuais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº. **0081701-65.2005.8.06.0001**, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda a 2ª Câmara Civil do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, conhecer da apelação interposta e lhe conceder provimento para anular a sentença combatida, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau para cumprir as diretrizes do art. 331, § 2º, do Código de Processo Civil, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 5 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Em análise, recurso de apelação interposto por AB Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda. contra sentença do MM. Juiz de Direito da 23ª Vara Cível desta comarca, que, em ação de Indenização de nº 2005.0027.9737-4, julgou procedente o pedido contido na inicial para determinar que a empresa ré entregue mercadorias avaliadas em R$ 2.430.877,44 (dois milhões, quatrocentos e trinta mil, oitocentos e setenta e sete reais e quarenta e quatro centavos) e, a título de danos morais, o valor de R$ 120.000,00 (cento e vinte mil reais). Também reconheceu como nulas a cláusula de eleição do foro, assim como as de ns. 1.1, 1.2, 1.3 e 6, §§ 2º, 3º e 4º do contrato de Distribuição, deferindo a tutela antecipada nesse momento.

Na inicial da aludida ação ordinária (fls. 06/44), a empresa autora afirma que assinou contrato de distribuição dos produtos da empresa ré, com exclusividade restrita à determinada área geográfica, contrato este que previa como foro para eventuais litígios a comarca do Rio de Janeiro, entre outras cláusulas abusivas. Alega, também, que foi obrigada a assinar contrato de compra e venda de ativos para fins de estruturação da Distribuidora, a ser pago em 40 parcelas mensais, iguais e sucessivas. Aduz que, não obstante todas as limitações impostas, vinha cumprindo rigorosamente como planejado, mas que, em meados de 2002, a empresa requerida foi vendida à sua rival, oportunidade em que modificou a denominação da ré, passando esta a se chamar AB Brasil Indústria e Comércio de Alimentos Ltda., tendo sido surpreendida, a partir daí, com a invasão de outras distribuidoras, até então, concorrentes, sem que tivesse havido qualquer denúncia ao contrato firmado, tudo isso levando ao encerramento de suas atividades.

Argumenta que uma das razões que determinou a sua inviabilização econômica foi o sentimento de disputa entre o seu gerente de vendas e o da empresa ré, pois o primeiro sempre obteve excelentes índices de produtividade nos negócios. Que, por conta da incorporação, o antigo gerente da ré passou de concorrente a superior hierárquico, o que lhe deu oportunidade de estabelecer novas regras ao arrepio das que foram previamente estipuladas. Conta que, a partir do mês de março de 2003, a empresa requerida pôs em prática uma série de ilegalidades, cuja consequência foi a redução do seu faturamento bruto. E que, em dezembro do mesmo ano, foi surpreendida com a informação oficial de que aquela não teria mais interesse em continuar a parceria, tendo sido firmado um termo de resolução.

Aduz que a ré não cumpriu com o aludido termo, já que não procedeu à compensação de valores a serem recebidos com as promissórias a se vencer e, ainda por cima, levou a protesto tais quantias. Tudo isso acarretou-lhe um profundo abalo moral, o que impõe a necessidade de compensação.

Assevera que a Constituição Federal proclama a livre concorrência e reprime o abuso de poder econômico, como se vê dos seus artigos 170 e 173. E que tal abuso pode sofrer a intervenção do Estado para assegurar o equilíbrio dos agentes econômicos. Quanto à legislação infraconstitucional, entende que é possível a utilização da lei Antitruste quando se verificam excessos contra a figura do distribuidor, sem prejuízo da fiel aplicação do Código Civil, além de procedimento a ser instaurado perante o CADE.

Requer, preliminarmente, seja afastada a cláusula de eleição do foro,

para que o processo tramite em Fortaleza, visto que teve de se submeter ao que fora imposto no contrato, por ser este de adesão. Por outro lado, entende que tal situação não prejudica a requerida, já que ela mesma desconsiderou a previsão, quando interpôs ação de execução, distribuída para a 23ª Vara Cível de Fortaleza.

Quanto ao mérito, entende que a conduta da empresa ré violou o princípio da boa-fé, previsto no art. 113, do Código Civil. No que pertine ao contrato em si, afirma-o de adesão, haja vista ter sido obrigada a se submeter a ele sem poder contestar quaisquer das cláusulas, muitas das quais apresentam vantagens somente para a outra parte, razão por que defende a não aplicação do princípio do *pacta sunt servanda* ao caso.

Especificamente, no que se refere às cláusulas discutidas, afirma que o prazo aplicado no contrato para o caso de rescisão, embora legal, não teria sido capaz de evitar os prejuízos em face dos investimentos realizados. Assegura que a rescisão ocorreu de maneira injustificada e sem conferir-lhe qualquer prazo, determinando a sua integral reparação. Entende, também, que a perda do fundo de comércio sofrida deve ser indenizada, bem assim, os lucros cessantes e que estes devem ser calculados levando em conta a média mensal do seu lucro obtido nos últimos 12 meses.

Quanto às duplicatas que embasaram o processo executivo, assevera que foram produzidas unilateralmente pela empresa ré e de forma fraudulenta, eis que as notas fiscais de entrega dos supostos produtos não possuíam os selos da Secretaria da Fazenda, razão pela qual as mesmas devem ser anuladas.

No que diz respeito ao dano moral, entende que deve ser pago no valor proporcional aos prejuízos sofridos pelo abalo, em quantia não inferior ao décuplo dos valores protestados, conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

Requer, por fim, o deferimento da tutela antecipatória, haja vista a existência dos requisitos legais, para o fim de lhe serem entregues mercadorias no valor de R$ 2.441.056,32 (dois milhões, quatrocentos e quarenta e um mil e cinquenta e seis reais e trinta e dois centavos), bem como para que sejam suspensos os efeitos dos protestos realizados em seu desfavor e a suspensão da ação executiva conexa. No mérito, pede a declaração de nulidade das cláusulas 1.1, 1.2, 1.3, 6, §§ 2º, 3º e 4º e 10, bem como dos protestos e das duplicatas em alusão e a condenação da empresa ré ao pagamento pela perda do fundo de comércio, lucros cessantes, no *quantum* acima especificado, e danos morais, além dos consectários legais. Colacionou a documentação de fls. 46/407.

Recebida a inicial, foi citada a empresa ré que apresentou contestação, na qual argumenta que a autora beneficiou-se da popularidade da empresa Fleischmann, chegando a fechar contratos com outras empresas, como, por exemplo, a da marca Santista. Que, com isso, em pouco tempo recuperou os investimentos iniciais realizados. Afirma que, a partir de 2003, a autora passou a dar evidências de comprometimento da reputação da marca Fleischmann no mercado, ao invadir a área de atuação de outra distribuidora – Casa Garcia, conforme reclamação feita por esta última à requerida, em afronta aos termos do contrato, tendo, também, começado a enfrentar problemas financeiros, o que a levou a pedir, rotineiramente, a prorrogação de pagamentos de duplicatas, no que foi, frequentemente, atendida. E, mesmo assim, ainda realizava o pagamento de maneira errada, deixando de computar, por diversas vezes, os juros

moratórios devidos.

Não obstante tais contratempos, aduz que conferiu à empresa autora uma série de benefícios, porém, não tendo a mesma honrado tais compromissos, houve a emissão de duplicatas mercantis validamente sacadas e amparadas em notas fiscais de venda de produtos recebidos por ela. Acredita que a forma de administração foi a causadora da ruína financeira da empresa.

Alega que, em razão do grave estado financeiro, a autora, ao invés de utilizar os procedimentos legais para o encerramento de suas atividades, resolveu deixar de operar e, surpreendentemente, constituiu nova e saudável empresa para continuar no mercado. E diz que tal situação somente foi descoberta porque, em outubro de 2003, um caminhão com os produtos adquiridos pela ré foi barrado em um posto fiscal, em razão do encerramento das atividades da firma autora, com a baixa de sua inscrição. Alega que posteriormente, recebeu uma correspondência da autora informando que teria pedido baixa nos órgãos competentes, para evitar possíveis ações fiscais, iniciando uma nova empresa.

Diante de tal fato, a empresa apelante considerou resolvido o contrato, com base em cláusula ali estabelecida, convocando uma reunião para formalização do distrato. Que, após tal fato, ainda tentou cobrar amigavelmente a dívida restante, mas não foi exitosa, donde resolveu procurar as vias judiciais para a satisfação de seu crédito, interpondo ação executiva.

Alega, em sede de preliminar, falta de interesse da autora, visto que pede a declaração de nulidade de cláusulas contratuais de um pacto que fá foi encerrado.

No que pertine ao argumento de ocorrência de infração à ordem econômica, assevera que a incorporação que houve entre as empresas foi submetida ao CADE, com aprovação sem quaisquer restrições, como demonstram os documentos acostados. Também diz que jamais obrigou-a à assinatura do contrato de compra e venda de ativos. Pelo contrário, tal pacto serviu como crédito à estruturação do estabelecimento da autora.

Já quanto à natureza do contrato, diferentemente do que diz a autora, que entende estar sob a égide dos art. 710 a 721 do NCC, afirma ser um contrato atípico regido pelas regras gerais dos contratos e pela vontade das partes.

Quanto à resolução desse instrumento, embora a autora afirme que tal fato ocorreu na reunião realizada em dezembro de 2003, outro é o seu entendimento – da empresa ré -, já que essa reunião serviu apenas para formalizar o que já tinha acontecido quando a autora encerrou suas atividades, iniciando outra empresa. E, mesmo que seja admitida a manutenção do contrato após a baixa da empresa, ainda assim havia razão para o distrato, já que ocorrera a inadimplência de uma das partes. Nem procede, também, a alegação de que a rescisão teria violado o art. 473, da lei adjetiva, já que tal dispositivo não pode ser aplicado ao caso, pois trata de resilição contratual, quando o que houve foi uma rescisão motivada pelo inadimplemento. Isso sem falar que, pelos números apresentados, a autora conseguiu em menos de dois anos não só recuperar o investimento, mas ainda ter um lucro considerável.

Entende, no que pertine aos pedidos de indenização por dano moral e material, que não conseguiu a autora se desincumbir de demonstrar a existência dos requisitos necessários, quais sejam: ato ilícito, dano e nexo de causalidade. Aponta que jamais pode ser considerado passível de indenização por dano moral a expectativa de

manutenção do contrato, quando foi a própria autora que procedeu ao encerramento das suas atividades, assim como também não pode prosperar o argumento de ocorrência de danos morais por conta dos protestos feitos pela ré.

No que toca à alegação de necessidade de nulidade de determinadas cláusulas contratuais, vê-se que nenhuma delas desrespeitou os princípios gerais dos contratos. E quanto à exigibilidade das duplicatas, afirma que a comprovação da entrega das mercadorias se encontra nas próprias notas fiscais. E, ainda que assim não o fosse, tal pode ser obtida por simples consulta aos livros da autora. Sem falar que a própria requerente confessa o débito, como se vê do relatório de reunião em que está expresso que a mesma se compromete a pagar as duplicatas pendentes nos seus vencimentos.

Quanto ao pedido de tutela antecipada, entende que não pode prosperar, haja vista a ausência dos requisitos legais. Em contrapartida fica evidente a possibilidade de *periculum in mora* inverso, posto que a entrega de bens antecipadamente a uma empresa que não tem condições de armazenamento somente levará à perda dos mesmos pelo decurso de tempo, por serem esses deterioráveis.

Ao final, pede o julgamento de improcedência de todos os pleitos autorais, a condenação da mesma por litigância de má-fé, bem como custas sucumbenciais. Junta os documentos de fls. 450/506.

Réplica da autora às fls. 508/538, na qual impugna os argumentos da empresa requerida. Às fls. 540, a parte autora renova o pedido de concessão da tutela antecipatória. Após, atravessa nova petição requerendo a produção de prova pericial, depoimento pessoal do representante legal da querelante e oitiva de testemunhas.

O juiz do feito despacha, fl. 543, no sentido de nomear perito para o caso.

Informação da ré sobre a interposição de agravo de instrumento para combater a decisão que determinou a realização de prova técnica contábil.

À vista do recurso apresentado, o magistrado de origem, às fls. 565, chamou o feito à ordem para tornar sem efeito o despacho em que determinou a realização da aludida perícia e intimou as partes para apresentarem disposição para acordo, ou dizerem quais provas pretendiam produzir. Petição da autora às fls. 566 renovando o pedido de prova pericial, testemunhal e indicando assistente técnico.

Às fls. 569, despacho intimando o perito nomeado.

Petição da requerida informando interesse na possibilidade de acordo e requerendo a produção de prova oral e documental suplementar. Apresentação de quesitos técnicos pelo assistente da autora, fls. 577/579. petição da perita nomeada apresentando proposta de verba honorária, fls. 582.

Despacho às fls. 584, determinando o início dos trabalhos periciais. Petição da requerida, informando o ajuizamento de novo recurso de agravo, desta feita para combater o pronunciamento que intimou o perito para apresentar honorários.

Às fls. 605/612 foi apresentado o laudo pericial. Laudo do assistente técnico do autor às fls. 616/620 e parecer técnico divergente do assistente da requerida às fls. 621/635. Juntada de petição da empresa ré manifestando-se sobre o laudo pericial, fls. 662/670.

Às fls. 713/714, o magistrado de origem prolatou decisão na qual deu por nulos todos os atos praticados com base no despacho de fls. 568, que é uma cópia do de fls. 543; revogou o de fls. 569 que determinou a produção de prova pericial, bem como

todos os despachos posteriores e tornou sem qualquer efeito probatório a prova pericial de fls. 605/612. determinou a intimação das partes para dizerem se pretendiam produzir prova oral e informou que não havendo manifestação, os autos estariam conclusos para julgamento.

Aberto o 2º volume processual, às fls. 729/730, a autora informa que interpôs agravo de instrumento da decisão acima especificada. Nesse agravo, foi conferido efeito suspensivo para: "...*cassar, tão somente, a parte final do decisum de fls. 663/664 (fls. 742/743), onde é determinado -, com o afastamento, de plano, da possibilidade de realização de prova pericial-, que as partes sejam intimadas para, dentro do prazo de 5(cinco) dias, produzir prova oral em audiência, se assim o quiserem, restando, de conseguinte, anulados todos os atos posteriores eventualmente praticados. Deverá, pois, o magistrado processante chamar o feito à ordem para, aplicando o disposto no art. 331, § 2º, do CPC, fixar motivadamente os pontos controvertidos da demanda, decidir as questões processuais porventura pendentes e, conforme for, determinar as provas a serem produzidas, apontando, neste último caso, as razões que o levaram a se convencer do deferimento ou não de qualquer prova cuja produção houver sido requerida pelas partes, tudo na melhor forma de direito*."

Petição da empresa ré sobre o despacho de fls. 713/714.

Às fls. 836/847, o magistrado *a quo* proferiu sentença de mérito, na qual julgou procedente o pedido para condenar a requerida a entregar à autora em mercadorias o valor de R$ 2.430.877,44 ou, em não sendo as mesmas encontradas, em bens móveis e maquinários. E, a título de danos morais o valor de R$ 120.000,00. Deferiu, nesse momento, a tutela antecipatória e reconheceu como abusivas, declarando nulas, as cláusulas de eleição do foro, 1.1, 1.2 e 1.3; 6, §§ 2, 3 e 4, bem como condenou-a ao pagamento das custas processuais.

Logo após, houve a juntada de ofício desta relatoria comunicando o julgamento do agravo de instrumento em que fora concedida a suspensividade, com parcial provimento para ratificar a liminar aí deferida, determinando o cumprimento dos ditames impostos no § 2º, do art. 331, da lei adjetiva.

Despacho do juiz *a quo*, às fls. 859, suspendendo todo e qualquer expediente, à exceção da publicação da sentença, por força do julgamento do agravo acima explicitado.

Os embargos declaratórios da empresa ré, às fls. 863/881, com contrarrazões apresentadas às fls. 901/919, foi julgado improcedente, em pronunciamento de fls. 921/924.

Às fls. 888, a empresa autora informa a apresentação de agravo de instrumento, da decisão de fls. 859, que teve indeferido o pedido de efeito suspensivo. Nova petição da autora, requerendo o cumprimento da tutela concedida na sentença.

Recurso de apelação, proposto pela empresa ré, às fls. 935/965 combatendo todos os capítulos de sentença e requerendo ao final, de forma subsidiária; a) o reconhecimento da ausência de capacidade processual da apelada, por não mais existir no mundo jurídico ou; b) a declaração de nulidade da sentença por *error in procedendo* e, mediante aplicação analógica do art. 515, § 3º, do CPC, a improcedência dos pedidos da ação de origem ou; c) a remessa dos autos ao juiz de origem para cumprimento do acórdão proferido no agravo de instrumento nº 2007.0009.4342-6, no sentido de

cumprir o disposto no § 2º do art. 331, do CPC ou; d) o julgamento improcedente dos pedidos da apelada e a distribuição correta dos ônus da sucumbência. Esse recurso apelatório foi recebido pelo juiz de origem no duplo efeito. Dessa decisão, foi interposto agravo de instrumento pela empresa autora.

Contrarrazões do apelo apresentadas às fls. 1016/1052, na qual foram impugnadas todas as alegações da petição inicial do recurso de apelação, com o pedido final de desprovimento do mesmo.

VOTO

Conheço do recurso de apelação cível, porque presentes os pressupostos de admissibilidade.

Para uma melhor compreensão da matéria, apresento, a seguir, os argumentos do apelante e do apelado. Após, teço as considerações necessárias ao deslinde do feito e, por fim, apresento o dispositivo.

O recorrente interpõe o presente apelo alegando o que se segue: a) preliminares de ilegitimidade da parte e de falta de interesse de agir; b) no mérito afirma que a sentença é nula, pois prolatada com base em prova pericial tornada sem efeito pelo próprio juiz de origem; c) aponta para a falta de fundamentação do pronunciamento combatido; d) alternativamente, caso não se entenda pela anulação, pede a reforma da sentença, haja vista não ter sido demonstrada a prática de ato passível de indenização por danos morais, nem haver causa para a indenização por lucros cessantes, visto que o inadimplemento seria justa causa para rescisão contratual e e) ainda alternativamente, requer a redução da condenação nas despesas e honorários de advogados, em face da sucumbência recíproca.

Já o apelado traz como pontos de defesa, os seguintes: a) aduz que há o interesse quando o seu direito material precisa da intervenção do Judiciário para se concretizar; b) no mérito, assevera que o Tribunal de Justiça restabeleceu a necessidade de realizar perícia, não se podendo falar que o juiz de piso teria agido incorretamente, posto que entendeu ser o caso de julgamento antecipado da lide.

Diante das razões postas pelas partes, percebe-se que o mérito desta apelação, acaso ultrapassadas as preliminares, é o deslinde de uma questão processual, a saber, se o juiz deveria ter utilizado, como fundamento da sentença, as conclusões obtidas em prova pericial por ele anulada em momento anterior.

Quanto às questões preliminares, de logo entendo devam ser afastadas. No que pertine à alegação de falta de interesse de agir, diferentemente do que entende a empresa apelante, é possível a revisão de cláusulas, mesmo já extinto o contrato em questão, caso se entenda que tais possuam algum tipo de ilegalidade ou exorbitem os princípios e normas reitores da matéria.

Esse entendimento já foi explicitado em casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça, *mutatis mutandis*, como se vê da ementa a seguir:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. INOCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. REVISÃO DE CONTRATOS EXTINTOS. POSSIBILIDADE. EXECUÇÃO PROPOSTA DESACOMPANHADA DOS CONTRATOS QUE DERAM ORIGEM AO DÉBITO. DETERMINAÇÃO DE JUNTADA NÃO ATENDIDA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE.
> - Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação; apenas não se adotando a tese do recorrente.
> - É inadmissível o recurso especial quanto à questão que não foi apreciada pelo Tribunal de origem.
> **- Os contratos bancários são passíveis de revisão judicial, ainda que tenham sido objeto de novação, pois não se pode validar obrigações nulas (Súmula 286 desta Corte).**
> - A execução fundada em contrato de confissão de dívida proposta desacompanhada dos contratos que originaram o débito não pode ser rejeitada de plano, mas que deve ser oportunizada à parte a juntada de documentos e demonstrativos referentes à dívida em execução, conforme determinado pelo Colegiado de origem, mesmo que já oferecidos embargos do devedor.
> - Não tendo o exequente cumprido a determinação de exibição dos contratos renegociados e dos demonstrativos completos da evolução dos débitos repactuados, correta a conclusão pela extinção da execução em razão da ausência de liquidez, certeza e exigibilidade do título.
> - Agravo Regimental improvido. (AgRg no Ag 1054642 / SC AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2008/0120534-0; Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI (1137); órgão julgador: T3 - TERCEIRA TURMA; data de julgamento: 11/10/2011) (sem grifos no original).

Já quanto à alegação de ilegitimidade da parte, por ter ocorrido a extinção da empresa, embora se saiba que a capacidade processual é uma condição da ação e, portanto, questão de ordem pública, é preciso observar para a situação analisada, que tal constatação de ilegitimidade não se percebe *prima facie*, o que impõe àquele que alega o ônus de provar, o que não ocorreu. De outra banda, a própria apelada, autora da ação indenizatória, teria informado à ré, aqui recorrente que, não obstante tenha havido a reformulação da empresa de distribuição, com o fito de evitar possíveis ações fiscais, administrativa e comercialmente, porém, nada teria mudado. Essa informação, portanto, criou o chamado ponto controvertido sobre a aludida prejudicial, questão essa que possui momento oportuno para ser elidida. No entanto, o réu, na contestação, trouxe como preliminar somente a hipótese de falta de interesse, não fazendo qualquer menção a uma possível ilegitimidade.

No que pertine ao mérito, revendo os autos, verifica-se que o juiz *a quo,* na decisão de fls. 565, tornou sem efeito o *decisum* que determinou a realização de perícia.

Porém, com base em petição da parte autora informando que já fora deferida prova pericial, com nomeação do perito contábil, o magistrado de piso, inadvertidamente, continuou com a realização da prova pericial. Eis que, em decisão de fls. 713/714, entendendo que fora induzido a erro, revogou todas as decisões dadas a partir do despacho de fls. 569, o qual tinha determinado a intimação do perito nomeado, tornando sem efeito, via de consequência, a perícia produzida.

Dessa decisão, o autor interpôs agravo de instrumento que teve deferido o efeito suspensivo para :

> "... **cassar, tão somente, a parte final do decisum de fls. 663/664 (fls. 742/743)**, onde é determinado -, com o afastamento, de plano, da possibilidade de realização de prova pericial -, que as partes sejam intimadas para, dentro do prazo de 5 (cinco) dias, produzir, prova oral em audiência, se assim o quiserem, **restando de conseguinte, anulados todos os atos posteriores eventualmente praticados.** Deverá, pois, o magistrado processante chamar o feito à ordem para, aplicando o disposto no art. 331, § 2º, do CPC, fixar motivadamente os pontos controvertidos da demanda, decidir as questões processuais porventura pendentes e, conforme for, determinar as provas a serem produzidas, apontando, neste último caso, as razões que o levaram a se convencer do deferimento ou não de qualquer prova cuja produção houver sido requerida pelas partes, tudo na melhor forma de direito." (grifos no original).

Esse agravo restou julgado com parcial procedência, para ratificar a suspensividade deferida. Ocorre que o juiz de origem não cumpriu as determinações contidas na decisão que concedera o efeito suspensivo, nem o que fora imposto no julgamento final do recurso de agravo e terminou por julgar a ação, ao entendimento de que este sodalício teria restabelecido a prova pericial.

Portanto, percebe-se claramente que o magistrado *a quo* não considerou os comandos emitidos por esta Corte de Justiça, quando da análise do agravo de instrumento de nº 2007.0009.4342-6, quer na fase de deferimento de efeito suspensivo, quer no julgamento final do recurso. Deve-se esclarecer, por oportuno, que esse agravo teve seu julgamento concluído antes da prolatação da sentença de mérito no juízo de origem, não cabendo se falar em teoria da cognição exauriente, que somente tem incidência quando a sentença é prolatada antes do julgamento do agravo de instrumento.

Saliente-se, por oportuno, que em nenhum momento do trâmite do agravo acima referido, foi entendido, seja por esta relatoria, seja pelo colegiado da Segunda Câmara, que a perícia tornada sem efeito na Vara de origem, fora restabelecida. Pelo

contrário, no momento da análise do pedido de efeito suspensivo, ficou mais do que evidente que a realização da perícia, mesmo com a decisão de fls. 565, em que fora chamado o feito à ordem para tornar sem efeito o despacho que determinou a realização dessa prova, acabou por concretizar uma quebra das regras processuais, e, por conseguinte, da boa técnica processual.

Trago à colação excerto do *decisum* acima aludido, com a conclusão de que houve violação às normas reitoras do processo civil, juntando, bem como a ementa proferida quando do julgamento do agravo, ambas apontando a legalidade da anulação da pericia:

> "... Caberia ao Dr. Juiz da causa, então, tal como determina o art. 331, §§ 2º e 3º, da nossa Lei Adjetiva Civil, perscrutar dessa possibilidade através do saneamento do processo, onde fixaria os pontos controvertidos da demanda e, uma vez delimitada a atividade probatória, intimaria as partes para especificarem as provas que pretendem produzir.
> Todavia, não foi isso que fez o d. Magistrado a quo, afastando-se, assim, data venia, da boa técnica processual.
> Antevendo a impossibilidade de as partes transigirem, o MM juiz processante, tanto no despacho de fl. 515 (565 dos autos principais) como no de fls. 663/664 (742/743 dos principais), aqui impugnado, deixando de fixar os pontos controvertidos da demanda, determinou a especificação das provas, com o afastamento de plano, da produção de prova pericial, sem apontar, para tanto, qualquer razão ou motivo, não se devendo olvidar, outrossim, da confusão feita, no primeiro, sobre quem é a autora e a ré na ação.
> Assim procedendo, data maxima venia, causou grave violação ao princípio da persuasão racional, a par de um verdadeiro tumulto processual, desrespeitando, ainda, claramente a lei de ritos nos dispositivos indicados."
>
> ***
>
> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FIXAÇÃO DOS PONTOS CONTROVERTIDOS. OBRIGATORIEDADE NA ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DO ART. 331, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA.
> - Na dicção do art. 331, § 2º, do CPC, uma vez não obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos da demanda, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. Do contrário, se estará negando vigência ao dispositivo em comento.
> - Hipótese em que, *data venia*, **embora, corretamente, se tenha declarado a nulidade de perícia extemporânea, não foram fixados os pontos controvertidos da demanda nem, muito menos, determinado que as partes especificassem as provas a serem produzidas, violando-se frontalmente, de conseguinte, o disposto no supracitado preceito legal**.
> - Agravo de Instrumento conhecido e parcialmente provido. (AI 2007.0009.4342-6, data de julgamento: 25.06.2008) (sem grifos no

original).

Diferentemente do que alega o apelado, o deferimento da suspensividade dada no agravo já fartamente referido, não significou que a perícia anulada fora reconsiderada, mas sim que, caso o juiz de piso entendesse ser necessário tal tipo de prova ou caso fosse requerida pela partes, fundamentadamente, teria que admitir uma nova perícia.

Também não procede o argumento do recorrido de que mesmo que o juiz não tivesse fixado os pontos controvertidos, ainda assim, o julgamento fora correto, pois ele entendeu que não havia mais necessidade de qualquer prova. Ora, não se pode convalidar uma sentença dada em desacordo com as normas procedimentais e muito menos com o julgamento de recurso de agravo proferido nesta Corte de Justiça.

Sabendo-se que a prova efetivamente fora anulada e que não houve restabelecimento de sua eficácia, não seria possível ao julgador de piso utilizar-se da mesma para embasar o seu julgamento sobre o caso.

Veja-se que há uma regra que afirma o seguinte: fato não provado é fato inexistente. Essa é uma regra de julgamento muito importante, principalmente quando se leva em conta o princípio da persuasão racional, que dá ao juiz o poder de julgar conforme seu convencimento, desde que embasado no que consta dos autos. Daí porque cabe ao juiz, obedecendo aos comandos normativos processuais, dizer se há ou não necessidade de outras provas que não as já trazida por ocasião da propositura da demanda e da contestação.

Nas palavras de Cândido Dinamarco[1]:

> " Quando dá por encerrada a instrução probatória e se dispõe a julgar, o juiz desenvolve um atividade mental composta de diversos itens, consistentes em (a) identificar o pedido e a categoria jurídico-material em que se apoia; b) identificar os pressupostos de fato do direito afirmado pelo autor, segundo as normas de direito substancial pertinentes; c) confrontar os fatos alegados com o pedido feito, para ver se em tese eles autorizam a pretensão do autor; d) verificar a ocorrência dos fatos (Micheli). É nesse momento que a regra de julgamento pode ter relevância para o juiz, o que acontecerá se ainda permanecer em dúvida quanto à ocorrência dos fatos alegados.
> … É dever do juiz, na audiência preliminar (art. 331), informar as partes do ônus que cada um tem e adverti-las da consequência de eventual omissão – porque uma das tarefas a realizar nessa oportunidade é a organização da prova mediante a fixação dos limites de seu objeto de determinação dos meios probatórios a desencadear."

No caso presente, o juiz de origem, na decisão de fls. 713/714, ao anular anterior pronunciamento, intimou as partes para dizerem de outras provas, ou, conforme

1 DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de Direito Processual Civil. Vol. III, 4ª edição. São Paulo, Malheiros Editores, 2004.

o caso, afirmou o julgamento antecipado da lide, o que significa que entendeu estarem os autos instruídos, embora tenha retirado deles, a prova pericial realizada. Entretanto, na sentença prolatada, utilizou-se dessa prova excluída para proferir o seu julgamento, quando não poderia, deixando de lado, o pedido para a realização de outras provas, como a testemunhal. Nesse caso, efetivamente houve o chamado *error in procedendo,* já que, das duas uma: ou o juiz realizava o julgamento somente com base no que tinha nos autos, mas sem levar em conta a prova pericial, ou, apercebendo-se de que havia a necessidade de outras provas, dava continuidade à tramitação do processo, com a realização de audiência de instrução e julgamento, como determinam as normas processuais.

Resta, finalmente, saber a partir de que momento deve prosseguir a ação de origem. Seria possível determinar o retorno dos autos ao ponto em que foi dada a sentença, para que a mesma seja refeita, sem a utilização da prova pericial, com base no fato de que teria terminado a fase probatória, ou deve-se determinar que seja obedecido o comando contido no acórdão que julgou o agravo já referido?

Percebe-se dos autos que, quando da decisão de fls. 713/714, o juiz de origem conclamou as partes a dizerem se ainda tinham interesse em realizar prova testemunhal, o que foi respondido pela empresa ré, como se vê às fls. 765. Entretanto, o magistrado de piso, sem prolatar qualquer pronunciamento para explicitar a razão pela qual indeferira tal pedido de prova, julgou a ação. Esse ato, efetivamente, configurou cerceamento de defesa.

Muito embora o juiz seja o administrador do processo, cabendo a ele decidir, por ocasião das providências preliminares, se o processo ainda necessita de provas outras, além das já juntadas por ocasião da petição inicial e da contestação, ainda assim, tal pronunciamento deve ser fundamentado, para que sejam atendidos o princípios do contraditório e da ampla defesa.

Mais uma vez, repita-se, deu-se a passagem da etapa da decisão que intimou as partes para dizerem se ainda queriam produzir provas para o julgamento de mérito da ação, sem que se tenha observado o requerimento de produção de provas, ou sem que o magistrado tenha fundamentado o indeferimento das provas requeridas.

Importa esclarecer que, diante das mudanças que vem ocorrendo nas leis processuais, firmou-se o entendimento de que, ao juiz, na função de reitor máximo do processo, cabe decidir se os autos podem ser levados a julgamento em algumas situações, estando entre essas a que não apresenta a necessidade de maiores dilações probatórias, quando fica evidenciado nos autos que já haveria prova suficiente para tanto. É o que determina o art. 328 e seguintes, do CPC, assim ementado:

> Art. 328. Cumpridas as providências preliminares, ou não havendo necessidade delas, o juiz proferirá julgamento conforme o estado do processo, observando o que dispõe o capítulo seguinte.
> …

> Art. 330. O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:
> I – quando a questão de mérito, for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência.

Muito bem. Veja-se que o magistrado possui esse poder, desde que indique claramente, na sentença, os fundamentos do seu julgamento de mérito. Ocorre, porém, que, no caso em tela, somente a prova documental acostada aos autos, não traz elementos suficientes para uma cognição exauriente. Ou seja, efetivamente, há a necessidade da realização de uma instrução probatória mais adequada, a fim de que sejam respondidos, satisfatoriamente, os pontos apresentados pelas partes e que não foram alvo de qualquer análise.

Assim, a meu sentir, não restaram resolvidos vários argumentos apresentados por autor e réu e que são imprescindíveis para uma correta prestação jurisdicional como, por exemplo: i) se houve ou não extinção regular da empresa autora, suficiente a dar margem à rescisão contratual ou se apenas foi realizada uma readequação financeira; ii) se houve, como disse a autora, uma invasão da área de venda de sua exclusividade, definida no contrato, por outras distribuidoras e que teria sido a causa da perda de lucro da empresa Royal Express Ltda; iii) quais teriam sido os atos praticados pela ré suficientes a ensejar a uma possível condenação ao pagamento de indenização etc. Isto é, resta mais do que certo a imprescindibilidade de uma instrução probatória mais aprofundada, de tal sorte que não deixe margem a dúvidas acerca dos critérios que deverão levar o julgador a decidir de tal ou qual modo.

O Superior Tribunal de Justiça, em julgamento recente, entendeu que o juiz é livre para definir as provas que devam ser produzidas, desde que fundamentando a razão do deferimento ou não de realização das mesmas, como se vê adiante:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSO CIVIL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. CULTIVAR IRGA 422CL. CARTA-PATENTE EXPEDIDA PELO INPI. CERTIFICADO DE PROTEÇÃO DE CULTIVAR EXPEDIDO PELO SNPC. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ARTIGO 130 E 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE DE REVER O ENTENDIMENTO DO ACÓRDÃO FUNDADO NAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DA LIDE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. APLICAÇÃO DE MULTA.
> 1. Inexiste violação ao artigo 535 do CPC, pois o Tribunal local **examinou todas as questões levantadas pelas partes e necessárias ao deslinde da controvérsia, explicitando os motivos que o levaram a indeferir a prova testemunhal requerida.**
> **2. Nos termos do princípio da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz, apenas a este caberá decidir, dentro da linha de sua intelecção e do contexto da lide, a utilidade da sua produção, ou seja, embora a dilação probatória constitua direito da parte, comporta temperamento a critério da prudente discrição do juiz.**

> 3. Ao indeferir a produção da prova testemunhal requerida sob o fundamento de não serem necessárias à elucidação do mérito da lide, o aresto tomou em consideração os fatos circunstanciados nos autos. Rever esse entendimento, em sede de recurso especial, esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento, com aplicação de multa. (AgRg no Ag 1350230 / RS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 2010/0160505-9; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140); órgão julgador: T4 - QUARTA TURMA, data de julgamento: 21/06/2012).

Na mesma esteira vem julgando este sodalício, como demonstra a ementa a seguir, a título exemplificativo:

> **Ementa:** APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEGURO PRESTAMISTA. OUTORGA DEFINITIVA DE ESCRITURA DE BEM IMÓVEL ou indenização compatível. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE ANUNCIADO NO BOJO DA SENTENÇA (art. 330, I, do cpc). INAPLICABILIDADE. ERROR IN PROCEDENDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PRÉVIA das partes. REQUERIMENTO ANTERIOR DE PRODUÇÃO DE PROVAS PELOS PROMOVIDOS. DILAÇÃO PROBATÓRIA. NECESSIDADE. FATOS CONTROVERTIDOS E RELEVANTES. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PROCLAMADA. PRECEDENTES: STJ E TJ/CE. Ofensa aos princípios constitucionais do contraditório, DA ampla defesa e do devido processo legal (art. 5°, liv e lv, da cf/88). NULIDADE DA SENTENÇA PRONUNCIADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA. NOVO JULGAMENTO. ... 2. Inicialmente, cumpre a esta relatoria manifestar-se acerca da preliminar de cerceamento de defesa suscitada pelos promovidos/apelados/apelantes em suas razões recursais, decorrente da determinação do julgamento antecipado da lide, ante a potencialidade de dano que tal procedimento poderia acarretar a direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (contraditório e ampla defesa), consubstanciando-se, assim, em matéria de ordem pública, podendo ser conhecida, inclusive, de ofício e em qualquer tempo e grau de jurisdição ordinário, visto que não passível de preclusão. **3. Com efeito, a melhor interpretação do preceptivo legal que autoriza o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, do CPC) nos dita que ao julgador é autorizado conhecer diretamente do pedido nas hipóteses em que a matéria conflituosa seja unicamente de direito - a exemplo daquelas que ensejam mera divergência interpretativa de dispositivo legal - ou, havendo questões relativas a fatos, que sejam eles incontroversos - a exemplo dos fatos notórios e perceptíveis pelo homem mediano.** ... 6**. Desse modo, diante da multiplicidade de questões fáticas pendentes de esclarecimento, afigura-nos evidente o error in procedendo no qual incorreu o juízo a quo ao determinar o julgamento prematuro da ação em evidência, sobretudo por privar os réus dos direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, consubstanciados na possibilidade da produção de provas essenciais ao esclarecimento de fatos decisivos ao**

> **julgamento da demanda, restando caracterizado, assim, o cerceamento do direito de defesa dos promovidos, sendo de todo prudente a esta instância recursal anular a sentença prolatada e determinar o retorno dos autos ao foro de origem, para que se proceda à regular instrução probatória dos autos, seguida de novo julgamento**. PRECEDENTES: STJ E TJ/CE. 7. RECURSOS CONHECIDOS. APELAÇÕES DOS RÉUS PROVIDAS. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA PRONUNCIADA. SENTENÇA ANULADA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. REABERTURA DA FASE INSTRUTÓRIA, SEGUIDA DE NOVO JULGAMENTO. PREJUDICADA A APELAÇÃO DO AUTOR E OS DEMAIS TEMAS SUSCITADOS NOS APELOS DOS PROMOVIDOS. (Apelação 3860211200680600011; **Relator(a):** FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES; **Comarca:** Fortaleza; **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível; **Data de registro:** 16/12/2011). (sem grifos no original).

De tudo que ficou dita acima, percebe-se que, não é somente a utilização da prova pericial, já anulada, o ponto preponderante para determinar o anulação da sentença sob análise, mas sim a constatação de ausência de qualquer outra prova, suficiente por si só, para fundamentar as conclusões apresentadas no pronunciamento combatido.

Por todas as razões acima expostas, hei por bem, afastar as preliminares alegadas e, no mérito, anular a sentença de fls. 836/847, posto que fundamentada em prova anulada na origem, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para que sejam cumpridas as determinações emanadas do acórdão prolatado no agravo de instrumento nº 2007.0009.4342-6, no sentido de que o juiz *a quo* fixe os pontos controvertidos, decida as questões processuais pendentes e determine as provas a serem produzidas, se for o caso, designando audiência de instrução e julgamento.

É como voto.

Fortaleza, 5 de setembro de 2012.

PROCESSO Nº 92263-02.2006.8.06.0001/1 (SPROC 2006.0003.1174-0/1)
REEXAME NECESSÁRIO
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 5ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
AUTOR: FRANCISCA ARRAIS GOMES E OUTROS
RÉU: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. IMPOSTO DE TRANSMISSÃO INTER VIVOS – ITBI. ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL DE TERRENO. FATO GERADOR. TRANSMISSÃO DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA. REGISTRO DO TÍTULO TRANSLATIVO. EDIFICAÇÃO CONSTRUÍDA PELO ADQUIRENTE NO IMÓVEL NEGOCIADO. IRRELEVÂNCIA TRIBUTÁRIA.

I – A Lei Municipal nº 6.421/89, define como fato gerador do ITBI a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil (art. 1º, inciso I).

II – Consoante art. 530, do CC 1916, e art. 1.245, do CC 2002, a transmissão da propriedade imobiliária opera-se com a transcrição do título aquisitivo no registro imobiliário competente.

III – POR FORÇA DO ART. 109, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL, O REGISTRO DA ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL DE TERRENO, NO CARTÓRIO DE IMÓVEIS, COM EXCLUSÃO DA EDIFICAÇÃO NELE CONSTRUÍDA PELO ADQUIRENTE, DEFINE O FATO GERADOR DO ITBI.

IV – Sentença confirmada.

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 reexame necessário, para confirmar a sentença proferida na primeira instância, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Reexame Necessário da sentença proferida pelo Juiz de Direito da 5ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos do Mandado de Segurança Preventivo nº 92263-02.2006.8.06.0001/0, impetrado por FRANCISCA ARRAIS GOMES e OUTROS, contra ato em tese ilegal do Secretário de Finanças do Município de Fortaleza, que ali concedeu a ordem para *"assegurar o direito dos Impetrentes ao recolhimento do ITBI, tomando como base o cálculo exclusivamente o valor citado nas escrituras registradas no Cartório do Registro de Imóveis para os terrenos objetos das referidas transações"*.

Na inicial do *mandamus,* os impetrantes aduzem que firmaram contrato de compra e venda de frações ideais de três terrenos de propriedade de Amaury de Castro e Silva e Silvia Maria Fontenelle de Castro e que, ao requereram a expedição dos respectivos Documentos de Arrecadação Municipal (DAM), para pagamento dos respectivos ITBI, o Município de Fortaleza deu a conhecer que, na determinação da base de cálculo do mencionado tributo, ao valor de cada fração ideal do terrero devia ser acrescido o da edificação nele construída. Postulam, ao final, a concessão da ordem, para que lhes seja assegurado o direito ao recolhimento do ITBI, adotando-se como base de cálculo apenas o valor venal das frações ideais dos terrenos constante das escrituras públicas de compra e venda ou do cadastro do IPTU.

Liminar deferida. (fls 321/323)

Informações oportunamente prestadas pela autoridade coatora. (fls 325/333)

O Ministério Público, quando instado a emitir parecer, manifestou-se pela ausência de interesse público justificador da intervenção ministerial no feito. (fls 334/338)

Ao conceder a ordem, a magistrada de primeira instância concluiu que o fato gerador do ITBI, cuja base de cálculo é o valor venal do imóvel, ocorre com o registro da escritura pública de compra e venda no ofício imobiliário competente. (fls 371/381)

Prazo recursal decorrido *in albis*. (fls 382V)

Autos remetidos a esta superior instância, na forma e para os fins do disposto no art. 12, Parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, correspondente ao atual art. 14, § 1º, da Lei nº 12.016/09.

Sem revisão, por interpretação sistemática do art. 551, § 3º, do CPC, e do art. 20, § 1º, da Lei nº 12.016/2009.

Incluído em pauta para julgamento.

É o breve relatório.

VOTO

Conheço do reexame necessário, em razão do quanto previsto no art. 12, Parágrafo único, da Lei nº 1.533/51, vigente ao tempo em que concedida a segurança na instância de origem.

O objeto da controvérsia mandamental que ora se apresenta a exame desta instância revisora consiste na definição do fato gerador e da base de cálculo do imposto previsto no art. 156, inciso II, da Constituição Federal.

A Lei Municipal nº 6.421, de 30 janeiro de 1989, que instituiu o imposto de transmissão de bens imóveis, por ato inter vivos, no Município de Fortaleza, com as alterações da Lei nº 8.232, de 29 de dezembro de 1998, dispõe:

> **Art. 1º Fica instituído o Imposto sobre Transmissão onerosa, de bens imóveis, por ato "inter vivos", que tem como fato gerador:**
> **I – a transmissão, a qualquer título, da propriedade ou domínio útil de bens imóveis por natureza ou acessão física, como definidos na lei civil;**
> II – a transmissão a qualquer título, de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia;
> III – a promessa ou o compromisso de compra e venda e da permuta de imóveis;
> IV – a procuração em causa própria para transferência de imóveis;
> V – a procuração irrevogável e irretratável, para venda de imóveis, sem a apresentação e/ou confirmação da concretização do negócio;
> VI – a cessão de direitos relativos às hipóteses de incidência listadas nos incidos anteriores.

A prova dos autos dá a conhecer que, pelas Escrituras Públicas de Compra e Venda de Frações Ideais de Terreno, lavradas em 20 de outubro de 2005, no Livro nº 80, às fls 67/71, 72/75 e 76/81, do Cartório do 1º Ofício da Comarca de Pacatuba, registradas no Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona de Fortaleza, em 27 de outubro de 2005, sob os números R-2-27.364, R-2-27.365 e R-2-27.366, os autores da ação mandamental impetrada no juízo de origem adquiriram de Amaury de Castro e Silva e Silvia Maria Fontenelle de Castro as frações ideais dos terrenos nos quais foram construídas as edificações do Condomínio Edifício Angra, do Condomínio Edifício Titan e do Edifício Trapiche Condominium, respectivamente.

Desde logo, é necessário ter presente que, pela lei brasileira, a transmissão da propriedade imobiliária ocorre com a transcrição do título translativo no registro de imóveis, por expressa dicção do art. 530, do Código Civil de 1916, e do art. 1.245, do Código Civil de 2002.

Bem por isso, na determinação do fato gerador do ITBI, a transmissão da propriedade imobiliária tem a forma, o sentido e o alcance que lhe atribui a lei civil. É o que se contém expressamente no art. 109, do Código Tributário Nacional, *verbis:*

> Art. 109. Os princípios gerais de direito privado utilizam-se para pesquisa da definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários.

Acerca do tema, é pertinente citar, em razão da precisão e do rigor técnico dos argumentos que nele se contém, o magistério de Luciano Amaro, *verbis:*

> Assinala o art. 109 do Código Tributário Nacional que "os princípios gerais do direito privado utilizam-se para pesquisa de definição, do conteúdo e do alcance de seus institutos, conceitos e formas, mas não para definição dos respectivos efeitos tributários".
> O preceito refere-se a situações nas quais a norma tributária utiliza um instituto, um conceito ou uma forma jurídica pertinente ao direito privado, e, a partir desse enunciado, estatui certos efeitos tributários. Estabelece, por exemplo, que, à vista da realização do negócio jurídico "x" (definido pelo direito privado), haverá a consequência de tal ou qual partícipe do negócio tornar-se sujeito passivo de determinado tributo.
> Ao dizer que os princípios do direito privado se aplicam para a pesquisa da definição de institutos desse ramo do direito, o dispositivo, obviamente, não quer disciplinar a interpretação, no campo do direito privado, dos institutos desse direito. Isso não é matéria cuja regulação incumba ao direito tributário. Assim, o que o Código Tributário Nacional Pretende dizer é que os instututos de direito privado devem ter sua definição, seu conteúdo e seu alcance pesquisados com o instrumental técnico fornecido pelo direito privado, não para efeitos privados (o que seria óbvio e não precisaria, nem caberia, ser dito num código tributário), mas sim para efeitos tributários. Ora, em que hipóteses isto se daria? É claro que nas hipóteses em que tais institutos sejam referidos pela lei tributária na definaição de pressupostos de fato de aplicação de normas tributárias, pois – a conclusão é acaciana – somente em tais situações é que interessa ao direito tributário a pesquisa de institutos de direito privado.
> Em suma, o instituto de direito privado é "importado" pelo direito tributário com a mesma conformação que lhe dá o direito privado, sem deformações, nem transfigurações. A compra e venda, a locação, a prestação de serviço, a doação, a sociedade, a fusão de sociedade, o sócio, o gerente, a sucessão causa mortis, o herdeiro, o legatário, o meeiro, o pai, o filho, o interdito, o empregador, o empregado, o salário etc têm conceitos no direito privado, que ingressam na cidadela do direito tributário sem mudar de roupa e sem outro passaporte que não o preceito da lei tributária que os "importou". Como assinala Becker, com apoio em Emilio Betti e Luigi Vittorio Berliri, o direito forma um único sistema, onde os conceitos jurídicos têm o mesmo significado, salvo se a lei tiver expressamente alterado tais conceitos, para efeito de certo setor de direito;
> A identidade do instituto, no direito privado e no direito tributário, dá-se sempre que o direito tributário não queira modificá-lo para fins fiscais, bastando, para que haja essa identidade, que ele se reporte ao instituto sem ressalvas. Se, porém, o direito tributário quiser determinar alguma modificação, urge que o diga de modo expresso. A lei que institui tributo sofre algumas limitações quanto a essa regra que lhe permite modificar

> conceitos de direito privado, matéria que examinaremos ao tratar do art. 110 do Código Tributário Nacional.
> Inexistindo modificação do instituto de direito privado pela lei tributária, ele ingressa, pois, no campo fiscal com a mesma vestimenta que possuía no território de origem.
> Direito Tributário Brasileiro, Saraiva, 15ª ed., p. 217/219

Na sequência, arremata o ilustre tributarista, *verbis:*

> Esse dispositivo … manda que a identificação do instituto do direito privado seja feita à vista dos princípios de direito privado, e é assim configurado no seu setor de origem que o instituto adentra o direito tributário. Obviamente, os efeitos tributários, por exemplo, da compra e venda serão determinados pelo direito tributário, e não pelo direito privado. Por outro lado, não se nega ao direito tributário a prerrogativa de dar efeitos iguais para diferentes institutos de direito privado (por exemplo, pode a lei dar, para fins tributários, à doação, ao aporte de integralização de capital etc, os mesmos efeitos da compra e venda). Mas é a lei tributária que (se quiser) deve dá-los, e não o intérprete.
> Não há razão para supor que o legislador tributário, quando mencione, por exemplo, o negócio de compra e venda de imóvel, ignore a existência da promessa de compra e venda, da cessão de direitos de promitente comprador, do aporte de capital etc. Se ele quiser atingir também algum desses outros negócios jurídicos, basta que o faça expressamente, seguindo, aliás, o exemplo da própria Constituição, que, ao estatuir a competência tributária sobre a transmissão de imóveis, refere expressamente a cessão de direitos à sua aquisição (art. 156, II) . Aliás, essa é a prática de nosso legislador ordinário do imposto de renda, quando prevê a tributação do ganho de capital na venda de bens e na realização de outros contratos que têm o mesmo conteúdo econômico. Mas esses outros contratos são atingidos não por terem igual conteúdo econômico, e sim porque a lei lhes conferiu igual tratamento jurídico.
> (ob.cit, p. 227)

In casu, por ocasião dos apontamentos R-2-27.364, R-2-27.365 e R-2-27.366, no Cartório de Registro de Imóveis da 4ª Zona de Fortaleza, foram transmitidas para os impetrantes as propriedades apenas das frações ideais dos terrenos descritos nas Escrituras Públicas de Compra e Venda de Frações Ideais de Terreno, lavradas em 20 de outubro de 2005, no Livro nº 80, às fls 67/71, 72/75 e 76/81, no Cartório do 1º Ofício da Comarca de Pacatuba.

Daí ser exato concluir que o valor venal de cada fração ideal que foi objeto das alienações formalizadas nas escrituras públicas mencionadas ao início, com exclusão das edificações ali construídas pelos impetrantes, deve constituir o fato gerador e integrar a base de cálculo do ITBI.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não oscila quanto à compreensão de que apenas a propriedade efetivamente transmitida, pela inscrição do

título translativo no registro imobiliário, constitui o fato gerador do ITBI, *verbis:*

> "TRIBUTÁRIO - IMPOSTO DE TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - FATO GERADOR - REGISTRO IMOBILIÁRIO - (C. CIVIL, ART. 530). A propriedade imobiliária apenas se transfere com o registro respectivo título (C. Civil, Art. 530). **O registro imobiliário é o fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis.** Assim, a pretensão de cobrar o ITBI antes do registro imobiliário contraria o Ordenamento Jurídico." (REsp. 12.546/HUMBERTO)
> Recurso Especial Nº 253.364, Rel Min Humberto Gomes de Barros, **Primeira Turma**, Unânime, DJ 16/04/2001, p. 104
>
> AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. ITBI. FATO GERADOR. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. RESILIÇÃO CONTRATUAL. NÃO-INCIDÊNCIA.
> 1. A jurisprudência do STJ assentou o entendimento de que **o fato gerador do ITBI é o registro imobiliário da transmissão da propriedade do bem imóvel**. Somente após o registro, incide a exação.
> 2. Não incide o ITBI sobre o registro imobiliário de escritura de resilição de promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo.
> 3. Agravo regimental desprovido.
> Agravo Regimental no Agravo de Instrumento Nº 448.245, Rel Min Luiz Fux, **Primeira Turma**, Unânime, DJ 09/12/2002, p. 309.
>
> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – ITBI – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELA ALÍNEA "B" DO ART. 105, III, DA CF/88, APÓS A ENTRADA EM VIGOR DA EC 45/2004 – ART. 148 DO CTN – SÚMULA 211/STJ – ITBI – FATO GERADOR.
> 1. Com a nova redação dada ao permissivo constitucional pela Emenda Constitucional nº 45/2004, transferiu-se ao Supremo Tribunal Federal a competência para julgamento de recurso contra decisão que julgar válida lei local contestada em face de lei federal (art. 102, III, "d" da CF).
> 2. Aplicável a Súmula 211/STJ quando o Tribunal de origem, a despeito da oposição de embargos de declaração, não se pronuncia sobre tese suscitada em recurso especial.
> **3. O fato gerador do Imposto de Transmissão de Bens Imóveis ocorre com o registro da transferência da propriedade no cartório imobiliário, em conformidade com a lei civil**. Precedentes.
> 4. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.
> Recurso Especial Nº 771.781, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJ 29/06/2007 p. 540
>
> TRIBUTÁRIO - IMPOSTO SOBRE A TRANSMISSÃO DE BENS IMÓVEIS - ITBI - FATO GERADOR - ART. 35, II DO CTN E ART. 156, II DA CF/88 – CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA - NÃO INCIDÊNCIA.
> **1. O fato gerador do Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis - ITBI é a transmissão do domínio do bem imóvel**, nos termos do art. 35,

> II do CTN e art. 156, II da CF/88.
> 2. Não incidência do ITBI em promessa de compra e venda, contrato preliminar que poderá ou não se concretizar em contrato definitivo, este sim ensejador da cobrança do aludido tributo - Precedentes do STF.
> 3. Recurso especial não conhecido.
> Recurso Especial Nº 57.641, Rel Min Eliana Calmon, **Segunda Turma**, Unânime, DJ 22/05/2000, p. 91.

Forte em tais razões, conheço do reexame, para confirmar a sentença proferida na instância de origem.

É como voto.

Fortaleza, 25 de junho de 2012

Processo nº 9928-20.2000.8.06.0070/1 (2000.0229.6347-3/1)
Natureza: Apelação Cível.
Apelantes: Allison Renan Martins Mourão Dias.
Ítalo Robson Martins Mourão Dias.
André Luís Martins Mourão Dias.
Germana Maria Martins Mourão Dias.
Apelado: Banco Bradesco S.A.
Ação de origem: Embargos de Terceiro.
Local de origem: 2ª Vara da Comarca de Crateús – Ceará.
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ILEGITIMIDADE ATIVA. OCORRÊNCIA. HERDEIROS NECESSÁRIOS. PARTE LEGÍTIMA PARA DEFENDER A MEAÇÃO EM EXECUÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. TEORIA DA ASSERÇÃO. AFERIÇÃO DA CONDIÇÃO DA AÇÃO. MOMENTO INICIAL. CARÊNCIA DA AÇÃO. SENTENÇA DE MÉRITO. PRECEDENTES. IMPROCEDÊNCIA. MOTIVAÇÃO DA SENTENÇA AFASTADA. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Trata-se de recurso de apelação contra sentença prolatada em Embargos de terceiro, que julgou improcedente o pedido ante a ausência da posse e ante os efeitos do regime de matrimônio do devedor, cuja comunhão afastaria a exclusão da meação, porquanto a dívida reverteria em proveito da família.

2. O reconhecimento da ilegitimidade ativa para interposição da ação torna inadmissível o recurso, ensejando desconhecimento a teor do artigo 557 do CPC.

3. Os herdeiros necessários possuem legitimidade ativa para defender os bens de sua meação no próprio processo executório. Precedentes da Corte Superior de Justiça.

4. Pela teoria da asserção, as condições da ação deverão ser avaliadas em juízo de admissibilidade da demanda, ou no primeiro contato do julgador com o processo, resultando em sentença de carência de ação. Pelo art. 267, § 3º, do CPC, as condições da ação podem ser identificadas em momento posterior ao juízo de admissibilidade, porém, pela mesma teoria, ensejam sentença de mérito com a improcedência da ação. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE.

Acórdão:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 9928-20.2000.8.06.0070/1 (2000.0229.6347-3/1), em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, de acordo com o voto do relator.

Relatório

Trata-se de Apelação Cível interposta por Allison Renan Martins Mourão Dias, Ítalo Robson Martins Mourão Dias, André Luís Martins Mourão Dias e Germana Maria Martins Mourão Dias contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Comarca de Crateús - Ceará, em ação de Embargos de Terceiros que os apelantes promoveram contra o apelado – fls. 87/90.

A ação original visava à manutenção da meação dos embargantes, na qualidade de herdeiros necessários pelo falecimento de sua mãe, em execução promovida pelo banco apelado contra o Sr. Francisco de Assis Mourão Dias, pai deles, embargantes.

A sentença atacada decidiu pela improcedência do pedido, declarando que o casamento do devedor e da mãe dos embargantes, aqui apelantes, foi celebrado pelo regime de comunhão universal de bens, caracterizando presunção quanto à destinação da dívida contraída, a qual se reverteria em benefício da família, ensejando a garantia total dos bens sobre o negócio contratado com o banco credor.

Aduz ainda, a sentença, sobre a inocorrência da posse dos bens penhorados por parte dos embargantes, os quais residiriam em local diverso, o que inviabilizaria a invocação de turbação ou esbulho, mesmo por que, na qualidade de herdeiros, os embargantes detêm apenas expectativas de direito a eventuais quinhões, não se desconsiderando, também, a possibilidade da dívida superar o acervo hereditário.

Nas razões do recurso, os apelantes alegam que a sentença atacada incorreu em erro ao negar o pedido original com fundamento na posse, porquanto, segundo eles, apelantes, o posseiro não está obrigado a residir no imóvel apossado.

Com relação à comunhão universal evidenciada no matrimônio do devedor, aduzem os apelantes que a presunção advinda de tal regime, pela qual a dívida reverteria em benefício da família, não se opera de forma absoluta, uma vez que, no presente caso, tal suposição não pode ser contestada pelo desconhecimento da constrição, porquanto não houve intimação regular à consorte falecida, ao inventariante ou aos herdeiros, cuja omissão gerou o processo original.

Requerem, ao final, o provimento do recurso para afastar a meação deles, apelantes, da penhora sobre o imóvel garantidor da dívida, bem como a nulidade da constrição pela ausência da intimação regular prevista pelo parágrafo 2º do artigo 655

do CPC.

Contrarrazões da parte apelada, insistindo na apreciação das preliminares arguidas quanto ao valor da causa, quanto à intempestividade do processo original, e quanto à carência de ação por ilegitimidade ativa dos embargantes – fls. 97/103.

No mérito, o banco apelado reproduz o argumento contido na contestação da ação original, pugnando pela indivisibilidade do espólio, cujo total é superior à porção penhorada para compensar a dívida executada.

Informa também, o apelado, ter apresentado pedido de redução da penhora nos termos pretendidos na ação original, o que, a seu ver, ensejaria a extinção do feito. Requer, finalmente, a manutenção da sentença de primeiro grau por suas próprias fundamentações.

Cumpridas as formalidades legais, vieram os autos a esta Corte.

Desnecessária a atuação da douta Procuradoria Geral de Justiça a teor do artigo 53 do RITJCE.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

Voto

A princípio, presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos inerentes ao recurso, propiciando conhecimento.

Como relatado, trata-se de recurso de apelação interposto contra sentença de primeiro grau que negou o pedido de exclusão de meação em ação executória, fundamentando a decisão nos efeitos do regime de comunhão universal do matrimônio do executado e na posse.

Observe-se que o apelo não apresentou preliminares, ao contrário do banco apelado que reproduziu as antecedentes da contestação, à exceção da suspensão do processo, insistindo por nova apreciação.

As preliminares arguidas pelo apelado foram devidamente analisadas pela sentença, que as teve por rejeitadas por não se coadunarem com os ditames legais. Entretanto, tendo em vista o pedido recursal, passo à apreciação das preliminares arguidas pelo banco apelado, como adiante.

Rejeito a primeira preliminar quanto ao valor da causa, por não ter sido observada a regra contida no artigo 261 do CPC, que exige a interposição da impugnação por exceção, devendo prevalecer o valor expresso na petição inicial, como estabelece o parágrafo único do mesmo mandamento legal.

Também não procede a argumentação de intempestividade da ação, pela qual os embargantes tinham conhecimento da penhora há quatro anos. Na verdade, o que determina a prescrição do exercício do direito dos embargantes não é o tempo em si, mas a fase processual, como se extrai do artigo 1.048 do CPC.

Portanto, enquanto o processo executório não atingir a fase de arrematação,

adjudicação ou remissão, os embargos de terceiro podem ser ajuizados e devem ser recebidos. Mesmo atingindo a fase mencionada, ao embargante ainda corre o prazo de cinco dias para exercitar seu direito, ressalvada a condição da assinatura da carta respectiva, que, afinal, detona qualquer pretensão dele, embargante, neste tocante.

Com relação ao pedido de ilegitimidade dos embargantes, a argumentação do apelado mostra-se confusa, misturando representação com a impossibilidade de substituição da parte, além da exigência de comprovação do esbulho.

Entretanto, a par da mixórdia expressa na petição, extrai-se que o pedido pretende atribuir legitimidade ao inventariante para interpor os embargos, e não aos herdeiros, sob o entendimento de que o bem penhorado pertence ao acervo deixado pela falecida.

A legitimidade, como condição da ação, deve ser aferida à luz da relação jurídica deduzida em juízo, e diz respeito ao elemento subjetivo da demanda, qual seja, a parte.

Observa-se, então, o vínculo que deve existir entre o sujeito do processo e a situação jurídica levantada, que o autorize a gerir o processo no qual esta será discutida. Em definição doutrinária é a "pertinência subjetiva da ação".

Tal pertinência decorre originalmente do artigo 3º do Código de Processo Civil, o qual estabelece que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

Neste tocante, entendo que a legitimidade dos herdeiros resta prejudicada, não para que se atribua ao inventariante a representação para interposição dos embargos, mas por faltar a qualidade de terceiro aos embargantes para o dito ajuizamento.

Veja-se adiante julgado emitido pelo egrégio Tribunal de Minas Gerais sobre a condição dos herdeiros, frente à execução de bem partilhável.

> "Embargos de terceiros – execução de título judicial – penhora sobre bem pertencente ao executado falecido – ilegitimidade ativa do herdeiro – extinção do processo sem resolução do mérito. O herdeiro não tem legitimidade ativa para opor, em nome próprio, embargos de terceiro contra a penhora levada a efeito nos autos da execução, porque não é terceiro, em face do direito hereditário." (TJMG, Ap. 1.0024.07.453372-0/003, Rel. Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câm. Civ., jul. 24.10.2007, *DJ* 10.11.2007, *apud* Código de Processo Civil Anotado, Humberto Teodoro Júnior, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, p. 933).

Ou seja, o direito hereditário confere legitimidade ao interessado para rebater a própria ação de execução, porquanto a penhora recai em bem que, embora ainda sujeito à tramitação do inventário, já pertence ao patrimônio dos herdeiros.

É o que se depreende do artigo 1.784 do Código Civil que dispõe sobre o espólio, estabelecendo que "aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.".

Em comentário ao artigo mencionado, veja-se abaixo o doutrinamento quanto à transmissão da massa hereditária.

> "Abertura da sucessão. No instante da morte do *de cujus* abre-se a sucessão, transmitindo-se *ipso jure*, sem solução de continuidade, a propriedade e a posse dos bens do falecido aos seus herdeiros sucessíveis, legítimos ou testamentários, que estejam vivos naquele momento, independentemente de qualquer ato... … Com o óbito do hereditando, seus herdeiros recebem, por efeito direto da lei (*son saisis de plein droit*), as suas obrigações, a sua propriedade de coisas móveis e imóveis e os seus direitos. Adotado está o princípio da *saisine*, o direito de saisina, ou da investidura legal na herança, que irradia efeitos jurídicos a partir do óbito do *de cujus*." (Maria Helena Diniz, Código Civil Anotado, 14ª ed., Editora Saraiva, 2009, São Paulo, p. 1.261).

Vale dizer, no momento da abertura da sucessão os herdeiros adquirem, *ipso jure*, legitimidade ativa para figurar no polo passivo da execução sobre os bens transmitidos por *causa mortis*.

A Corte Superior de Justiça já decidiu quanto à qualidade do herdeiro em figurar como terceiro interessado na ação executiva dos bens do espólio, como adiante.

> "Ementa. Embargos de terceiro. Bem de família. Impossibilidade de renúncia. Legitimidade das filhas herdeiras e devidamente habilitadas na execução como substitutas processuais do executado. Precedentes da Corte. 1. Estando os herdeiros devidamente habilitados na execução, na qualidade de substitutos processuais, não podem ingressar com embargos de terceiro, fundamento que permanece hígido, suficiente para manter o julgado. 2. Recurso especial não conhecido." (Destaquei). (REsp 565759/PR Recurso Especial 2003/0117393-4; Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito; Órgão 3ª Turma; Julg. 20/09/2004; Fonte DJ 17/12/2004 p. 524).

Embora a substituição do falecido caiba ao espólio ou a seus sucessores, como decorre do artigo 43, entendo que o presente caso não se trata de substituição, porquanto, conforme informado na própria sentença, o passamento se deu antes do ajuizamento da execução, quando os bens penhorados já haviam sido transmitidos pelo princípio da saisina, conferindo aos herdeiros legitimidade para defenderem seu patrimônio na própria ação.

Em decisão mais recente, a mesma Corte Superior confirmou entendimento quanto à dita legitimidade, como abaixo.

> "Ementa. Processual civil. Execução. Penhora de imóvel. Herdeiro. Bem de família. Impenhorabilidade absoluta. Alegação a qualquer tempo. Embargos de terceiro. Ausência de legitimidade ativa. Configuração do bem de família. Revolvimento de provas e ausência de prequestionamento. Súmulas 7/STJ e 282 e 356/STF.

> - […];
> - O herdeiro é parte passiva legítima na execução, no tocante aos bens que recebeu por herança, não podendo ingressar com embargos de terceiro. Precedentes.
> - […]; Recurso especial não conhecido, com recomendação." (Destaquei). (REsp 1039182/RJ Recurso Especial 2008/0054961-3 Rel. Min. Nancy Andrighi Órgão 3ª Turma Julg. 16/09/2008 Fonte DJe 26/09/2008).

Por outro lado, deve-se ter em mente que a qualidade de terceiro interessado, a qual confere legitimidade para o ajuizamento dos embargos, é dada, por lei, ao cônjuge, e não a seus herdeiros, como se depreende da redação contida no parágrafo 3º do artigo 1.046 do CPC.

Ademais, a exclusão da meação decorre da condição de ser a meeira também devedora, cuja situação exige comprovação e se reveste de caráter pessoal, como se extrai do julgado adiante reproduzido.

> "Ementa. EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. DEVEDOR PRINCIPAL. ILEGITIMIDADE ATIVA.
> I - O fato de o recorrente, devedor principal, não haver figurado no polo passivo do processo de execução, movido tão-somente contra o avalista, não lhe atribui a condição de terceiro, uma vez que este, para efeitos do artigo 1.046 do Código de Processo Civil, deve ser entendido como alguém que não está juridicamente obrigado a suportar as consequências da relação material litigiosa.
> II - A exclusão da penhora, em razão da meação, tem como fundamento o fato de não responder o cônjuge por débitos pelos quais não se obrigou. Contudo, tal condição é de caráter pessoal, isto é, só pode ser alegada pelo próprio cônjuge, não, pelo herdeiro. Recurso especial não conhecido." (Destaquei). (REsp 802030/RS Recurso Especial 2005/0201743-5 Rel. Min. Castro Filho Órgão 3ª Turma Julg. 23/08/2007 Fonte DJ 10/09/2007 p. 231 RT vol. 867 p. 154).

Tal decisão vem corroborar o disposto no artigo 1.046 do CPC, cujo parágrafo 3º confere exclusividade ao cônjuge para figurar como terceiro interessado a discutir sua meação nos autos executório por intermédio dos embargos previstos no artigo mencionado.

Portanto, embora não se adeque os argumentos do banco apelado, é de se acatar a preliminar de ilegitimidade dos herdeiros para figurarem no polo ativo dos embargos, por lhes faltar a condição de terceiro interessado em face do direito hereditário, cabendo-lhes a intervenção direta na execução dos bens que recebeu por herança.

Observe-se que a sentença vergastada julgou a improcedência da ação com base no regime do matrimônio e na posse, diversamente aos argumentos contidos tanto na petição inicial como na contestação.

Embora não conste, na sentença, fundamentação jurídica para a rejeição do pedido inicial, presumo que dita improcedência decorra da regra estabelecida pelo artigo 269, inciso I, do CPC, que implicou na apreciação da questão de fundo trazida a juízo.

Assim, embora o acatamento da preliminar suscitada, sobre a legitimidade ativa como condição da ação, acarrete, em tese, a reforma da decisão no tocante à sua fundamentação, esta sujeita ao regramento contido no inciso VI do artigo 267 do CPC, entendo que deva prevalecer o embasamento contido na decisão apelada em atenção à orientação da novel ***teoria da asserção***.

O mesmo artigo 267 dispõe, em seu parágrafo 3º, que as condições da ação ensejam conhecimento de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Tal disposição remete à questão doutrinária quanto ao verdadeiro momento de avaliação das condições da ação, o que influiriam sobre a natureza da sentença prolatada, a qual, a depender do momento da análise, resultaria em mera sentença de carência de ação, sem exame do mérito, ou em sentença de improcedência, já que a análise sobre a condição da ação estaria inserida na análise do mérito.

Sobre o momento propício à análise das condições da ação, importante lição nos oferece a moderna doutrina, conforme adiante:

> "Sem olvidar o direito positivo, e considerando a circunstância de que, para o legislador, carência de ação é diferente de improcedência do pedido, propõe-se que a análise das condições da ação, como questões estranhas ao mérito da causa, fique restrita ao momento de prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Essa análise, então, seria feita à luz das afirmações do demandante contidas em sua petição inicial." …
>
> … "Não se trata de um juízo de cognição sumária das condições da ação, que permitiria um reexame pelo magistrado, com base em cognição exauriente. O juízo definitivo sobre a existência das condições da ação far-se-ia nesse momento: se positivo o juízo de admissibilidade, tudo o mais seria decisão de mérito, ressalvados fatos superveniente que determinassem a perda de uma condição da ação. A decisão sobre a existência ou não de carência de ação, de acordo com esta teoria, seria sempre definitiva. Chama-se ***teoria da asserção***...". (Didier Jr., Fredie, Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento, Salvador, Edições *Juspodium*, 2007, 8ª edição, p. 162).

Assim, mitigando os termos do § 3º do artigo 267 do CPC, a teoria da asserção propõe que a análise da carência da ação somente poderia ser feita no momento inicial do juízo de admissibilidade. Uma vez citado o réu, e apresentado o contraditório, não se poderia mais cogitar a extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação.

Embora se trate de concepção doutrinária, poder-se-ia dizer já praticamente estabelecida, visto que inclui entre seus adeptos a própria Corte Superior de Justiça,

como se infere do aresto adiante:

> "Ementa PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – AUSÊNCIA DE NEXO CAUSAL NA NARRAÇÃO CONTIDA NA PETIÇÃO VESTIBULAR – CONDIÇÕES DA AÇÃO – LIMITES RAZOÁVEIS E PROPORCIONAIS PARA A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ASSERÇÃO – ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO ENTE ESTATAL. 1. A teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito. 2. O momento de verificação das condições da ação, nos termos daquela teoria, dar-se-á no primeiro contato que o julgador tem com a petição inicial, ou seja, no instante da prolação do juízo de admissibilidade inicial do procedimento. Logo, a verificação da legitimidade passiva ad causam independe de dilação probatória na instância de origem e de reexame fático-probatório na esfera extraordinária. 3. Não se há falar em legitimidade passiva ad causam quando as alegações da peça vestibular ilustrarem de maneira cristalina que o réu não figura na relação jurídica de direito material nem em qualquer relação de causalidade. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp 1095276 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2008/0225287-8 Relator Min. HUMBERTO MARTINS Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Julgamento 25/05/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 11/06/2010).

No caso em exame, embora se verificasse a possibilidade de aferir, em exame de admissibilidade inicial, a condição de legitimidade dos apelantes em propor os embargos de terceiro, tal não ocorreu.

A sentença combatida extinguiu a demanda sob o fundamento da ausência de posse e de um dos efeitos do regime do matrimônio do executado, cuja comunhão não permitiria a exclusão da meação do cônjuge falecido porquanto a dívida reverteria em favor da família. E, embora considerasse tal reversão presumível *juris tantum*, a decisão não oportunizou comprovação por parte dos interessados.

Entretanto, a decisão foi exarada após a citação do réu e depois de transposta algumas fase processuais, alcançando a apresentação de recurso.

Pela exposição supra sobre a *teoria da asserção*, as condições da ação mereceriam análise cognitiva inicial e, sendo detectadas em momento posterior, ensejariam decisão de mérito, ou seja, ao identificar a inexistência da legitimidade para a regular tramitação do processo por ocasião da sentença terminativa, esta deveria versar sobre a improcedência do pedido, e não mais como mera análise de carência, por haver ultrapassado o momento inicial.

Compatibilizando as argumentações doutrinárias acima e o caso concreto aqui em análise, entendo que deva prevalecer a improcedência da ação, nos termos do artigo 269, I, do CPC, pela apreciação de seu mérito, afastando, contudo, a motivação

contida na decisão sobre ausência da posse e sobre os efeitos do regime de matrimônio do devedor, porquanto não houve análise aprofundada sobre as condições da ação quanto à ilegitimidade dos autores, aqui apelantes, como suscitado na contestação.

Assim, conheço da apelação cível ante sua tempestividade, e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, mantendo a fundamentação da sentença de improcedência com apreciação do mérito, reformando, porém, a motivação da decisão ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa dos autores, aqui apelantes.

É como voto.

Fortaleza, 28 de Março de 2012.

Agravo de instrumento

Nº 0006740-49.2011.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE/IMPETRADO: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADOS/IMPETRANTES: PHILIPS DO BRASIL LTDA e OUTROS
RELATOR: DES. MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ICMS. PROTOCOLO CONFAZ 21/2011. CONSTITUCIONALIDADE CONTROVERSA DA NORMA. ART. 155, §2º, VII, "B" DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. VIOLAÇÃO. INTENÇÃO DE APLICAR O PROTOCOLO A UNIDADES DA FEDERAÇÃO NÃO SIGNATÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 102, CTN. VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.

1. Das razões do Agravo de Instrumento, infere-se que o recorrente visa reformar decisão prolatada pelo d. magistrado *a quo*, que apreciou o pedido autoral e concedeu a liminar, determinando que o Estado do Ceará se abstivesse de apreender as mercadorias que fossem objeto das transações não presenciais realizadas pelas impetrantes e não viesse a exigir o adicional de ICMS até a prolatação da ulterior sentença.

2. A cobrança do adicional de alíquota, no presente caso, é fulcrada no Protocolo CONFAZ nº. 21/2011, o qual viola o art. 155, §2º, VII, "b" da Constituição Federal, na medida em que busca obrigar o consumidor final residente no Estado do Ceará ao recolhimento do adicional de alíquota, mesmo que este não seja o contribuinte do ICMS.

Entender que referido protocolo possuiria vigência em Estados da Federação que não o assinaram, demonstraria incontestável violação ao princípio do Pacto Federativo, bem como à determinação do art. 102 do CTN, que condiciona a extraterritorialidade de normas dos Estados, Municípios e do Distrito Federal ao reconhecimento pelos entes federados que incidirão os seus efeitos.

Conheço do presente agravo de instrumento para negar-lhe provimento, mantida inalterada a decisão vergastada.

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 agravo de instrumento, mas para NEGAR-LHE provimento, nos termos do voto do e. Desembargador Relator.

Fortaleza, 12 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo interposto pelo ESTADO DO CEARÁ contra a r. decisão do MM Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos do Mandado de Segurança Preventivo nº. 0006740-49.2011.8.06.0000 impetrado pelas sociedades empresariais PHILIPS DO BRASIL LTDA, VMI INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, PHILIPS MEDICAL SYSTEM LTDA e DIXTAL BIOMÉDICA INDÚSTRIA.

Em sede de liminar, determinou o *douto* magistrado *a quo* que a autoridade coatora se abstivesse de exigir das impetrantes o adicional relativo ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços - ICMS regulamentado pelo art. 1º do Decreto Estadual nº. 30.542/2011. Determinou, ainda, que não fossem apreendidas as mercadorias encaminhadas ao Estado do Ceará pelas impetrantes, quando o motivo ensejador de tal medida fosse a falta de recolhimento do referido adicional.

Inconformado com a r. decisão, interpôs o Estado do Ceará o presente Agravo de Instrumento. Entre as razões de insurgência, aduz que: a) a liminar não poderia ter sido autorizada, tendo em vista vedação legal que impossibilita a concessão da medida de urgência contra a Fazenda Pública quando a referida medida venha a esgotar totalmente o objeto da demanda; b) a via eleita é inadequada por não caber liminar, nem concessão de segurança, em mandado de segurança para atacar ato normativo em tese; c) é impossível a concessão e manutenção de medida liminar de caráter normativo; d) inexiste direito líquido e certo das impetrantes.

Em face desses argumentos e do alegado risco de dano irreparável ou de difícil reparação, requereu o agravante a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso e, ao final, o provimento do agravo, para reformar a r. decisão ora combatida.

Às fls. 138/141 houve prolatação de decisão interlocutória deste gabinete, no sentido de denegar o efeito suspensivo requestado, diante da ausência dos requisitos autorizadores da referida medida.

Contraminuta acostada às fls. 145/154.

Parecer Ministerial, às fls. 159/172, em que o *Parquet* se manifestou no sentido de que o presente Agravo de Instrumento seja conhecido, mas para negar-lhe provimento.

Eis o breve relatório.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, uma vez que próprio e interposto tempestivamente, observadas as exigências constantes do art. 525, inc. I, do CPC, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para a análise meritória.

Como visto, requereu o recorrente, inicialmente, a concessão de efeito suspensivo para fazer cessar a eficácia da decisão prolatada pelo d. magistrado *a quo* que apreciou o pedido autoral e concedeu a liminar, determinando que o Estado do Ceará se abstivesse de apreender as mercadorias que fossem objeto das transações não presenciais realizadas pelas impetrantes sob o fundamento do referido Protocolo nº. 21.

Tal pedido fora denegado por este Gabinete (fls. 138/141), na medida em que as alegações fazendárias careceram de *fumus boni iuris* a seu favor, sobretudo no que diz respeito ao art. 155, §2º, VII, "b" da Constituição Federal.

Vencida essa etapa, passemos a analisar, pormenorizadamente, as razões apresentadas no Agravo de Instrumento em epígrafe..

Ab initio, aduz o agravante que a liminar concedida pelo juízo *a quo* enquadra-se em hipótese de vedação legal, qual seja a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote totalmente o objeto da demanda, o que, salvo melhor juízo, não ocorre na presente lide, eis que a decisão vergastada apenas impossibilita que o Estado do Ceará apreenda mercadorias das agravadas com fulcro no Protocolo supramencionado, exigindo, para a liberação, o pagamento do adicional de ICMS nos termos da referida norma.

Ademais, deve ser observado que, ao contrário do alegado pelo agravante, a referida decisão não suprime a possibilidade da Fazenda Pública Cearense fiscalizar e aplicar sua legislação tributária, bem como de lançar os créditos tributários que entenda serem devidos. Ou seja, entendendo pela ocorrência de determinado fato gerador, surge mais que um poder, mas um verdadeiro dever do Estado em lançar seu crédito tributário.

Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, por meio da súmula nº. 323, pacificou o seguinte entendimento: "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos". Se a apreensão de mercadorias, como forma de coagir o pagamento de tributos incontroversos, já não é devida, avalie a presente apreensão, em que o Estado do Ceará, albergado por norma de constitucionalidade duvidosa, condiciona a liberação dos produtos ao pagamento do retrocitado adicional de ICMS.

Dessa forma, ao contrário do que sustenta a parte recorrente, a decisão emanada pelo juízo *a quo* não esgota o objeto do presente *mandamus*, pois o que se busca com a referida medida acautelatória é evitar que os impetrantes tenham seus direitos líquidos e certos violados.

Portanto, entendo que a liminar concedida em desfavor da Fazenda Estadual não incorre em nenhuma vedação legal.

No que tange à possível inadequação da via eleita, sustenta o agravante que o presente *mandamus* é utilizado para atacar ato normativo em tese, pois não visa questionar nenhum ato eivado de ilegalidade, inexistindo qualquer ato concreto de agente público a ser corrigido.

Entretanto, tanto a jurisprudência como a doutrina pátrias inclinam-se no sentido de que a norma não mais deve ser considerada em tese a partir do momento em que os fatos ensejadores de sua incidência passam a ocorrer no mundo real. Ocorrendo a situação fática que possa dar ensejo à aplicação da referida norma, esta, automaticamente, passa para o plano concreto.

Veja-se o atual e explicativo entendimento emanado pelo c. Superior Tribunal de Justiça acerca do assunto:

> "**Ementa:** PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. **MANDADO DE SERGURANÇA. ICMS.** SERVIÇOS PRESTADOS PELOS PROVEDORES DE ACESSO A INTERNET. SERVIÇO DE VALOR ADICIONADO. **LEI EM TESE. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 266/STF. INAPLICABILIDADE. NATUREZA PREVENTIVA DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL.**
> (…)
> Deveras, **não se pode confundir mandado de segurança preventivo com mandado de segurança impetrado contra lei em tese. Isto porque a natureza preventiva do *mandamus* decorre da constatação da incidência da norma jurídica, uma vez ocorrente seu suporte fático, sendo o direito ameaçado por ato coator iminente. Por seu turno, no *writ* dirigido contra lei em tese, a situação de fato, que enseja a incidência da norma jurídica, ainda não restou configurada.**
> É cediço em abalizada sede doutrinária que: Há quem entenda 'como lei em tese aquelas normas abstratas que, enquanto não aplicadas por ato concreto de execução, são incapazes de acarretar lesão a direito individual'. **Na verdade, porém, a lei deixa de ser em tese no momento em que incide. No momento em que ocorrem os fatos na mesma descritos, e que, por isto mesmo, nasce a possibilidade de sua aplicação. Não é o ato de aplicar a lei, mas a ocorrência de seu suporte fático, que faz com que a lei possa ser considerada já no plano concreto.** Mandado de segurança contra lei em tese é mandado de segurança contra lei que ainda não incidiu. De outro modo, diz-se que há impetração contra lei em tese, se esta ocorre sem que esteja configurada a situação de fato em face da qual pode vir a ser praticado o ato tido como ilegal, contra o qual se pede a segurança. (…) **Para ensejar a impetração preventiva, portanto, não é necessário esteja consumada a situação de fato sobre a qual incide a lei questionada. Basta que tal situação esteja acontecendo, vale dizer, tenha tido iniciada a sua efetiva formação. Ou pelo menos que estejam concretizados fatos dos quais logicamente decorre o fato gerador do direito cuja lesão é temida.** (…) **Em síntese e em geral, o mandado de segurança é preventivo quando, já existente ou em vias de surgimento a situação de fato que ensejaria a prática do ato considerado ilegal, tal ato ainda não tenha sido praticado, existindo apenas o justo receio de que venha a ser praticado pela autoridade impetrada.** (Hugo de Brito Machado, in "Mandado de Segurança em Matéria Tributária", Ed. Dialética, 6ª Ed., São Paulo, 2006, págs. 255/257). (…) (Resp 957469, Relator: Min. Luiz Fux, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgado em: 06/11/2008, Publicado em: 10/09/2009).

Pelo que se depreende do julgado acima colacionado, nota-se que, ocorrendo o denominado suporte fático ensejador da incidência normativa, não há óbice algum para que aquele que se sinta na iminência de ter um direito líquido e certo violado venha a impetrar o Mandado de Segurança na espécie preventivo, isto é, anterior à ocorrência do ato coator que se visa evitar.

Outro não é o entendimento que se extrai da atual doutrina nacional, como se observa do ensinamento que passo a reproduzir, *in verbis*:

> "(...) a doutrina e jurisprudência consolidaram o entendimento que é sim possível se manejar MS preventivo se questionando lei ou ato normativo de efeito concreto, ou seja, **quando o dispositivo questionado produzirá efeitos concretos para aquele impetrante tendo em vista que ele está no seu campo de incidência".** (VALADÃO, Alexsander Roberto Alves. Mandado de Segurança: teoria e prática).

Dessa forma, não assiste razão ao recorrente no que diz respeito à preliminar em epígrafe, eis que, no momento da impetração, as empresas recorridas já encaminhavam mercadorias vendidas de forma não presencial a destinatários finais localizados neste Estado, isto é, já praticavam fatos suscetíveis de aplicação do supramencionado Protocolo, o que, *de per si*, já descaracteriza o *status* de ato normativo em tese, garantindo, portanto, que o presente mandado de segurança preventivo seja admitido para o caso.

Alega, ainda, a parte recorrente que a decisão vergastada concedeu medida liminar de caráter normativo, isto é, medida que não se dirige a um caso concreto e específico, mas a fatos futuros e incertos.

Realmente, a segurança normativa deve ser repudiada pelos tribunais pátrios, entretanto, o que ocorre no caso em epígrafe é situação distinta, pois não se está concedendo liminar para casos futuros e incertos, tendo em vista que o *douto* magistrado singular decidiu de forma bastante clara, ao determinar o seguinte:

> "Por tais motivos, defiro o pedido das impetrantes, afim de determinar a autoridade impetrada que se abstenha de apreender e exigir o pagamento do ICMS diferencial de alíquota **nas operações que venham a ser realizadas pelas impetrantes quando suas mercadorias forem destinadas a não contribuintes de ICMS (consumidores de finais), desde que o fundamento sejo o do art. 1º do Decreto Estadual do Ceará nº. 30.542/2011.**"

Pela simples análise da decisão combatida, resta-se claro que a referida liminar possui nítido caráter preventivo, e não normativo, como sustenta o agravante, tendo em vista que o juízo *a quo* delineou a exata situação em que o Estado do Ceará não poderá apreender as mercadorias dos recorridos.

Dessa forma, a referida decisão deverá ser aplicada apenas nos casos em que as empresas agravadas transacionarem pela via não presencial com destinatários finais não contribuintes localizados no Estado do Ceará, quando o fundamento da apreensão for a exigência de adicional de ICMS nos termos do Decreto estadual nº. 30.542/2011 que regulamenta, neste ente federativo, o Protocolo CONFAZ nº. 21.

Superadas as ponderações iniciais, passemos à análise do mérito propriamente dito do recurso apresentado, que visa, basicamente, reformar a decisão de primeiro grau que veio a conceder antecipação dos efeitos da tutela a favor dos impetrantes.

Para a concessão da medida liminar em primeira instância, necessário analisar se, de fato, as impetrantes preencheram os requisitos legais estampados no art. 273, do Código de Processo Civil.

No presente caso, verifica-se a presença do *fumus boni iuris* a favor das agravadas, tendo em vista a clara redação do já mencionado art. 155, §2º, VII, "b", da CF/88, *in verbis*:

> **Art. 155.** Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
> I - transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos;
> **II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;**
> (...)
> § 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
> (...)
> **VII - em relação às operações e prestações que destinem bens e serviços a consumidor final localizado em outro Estado, adotar-se-á:**
> a) a alíquota interestadual, quando o destinatário for contribuinte do imposto;
> **b) a alíquota interna, quando o destinatário não for contribuinte dele;**

Dessa forma, resta-se evidente que o Protocolo CONFAZ nº 21/2011 viola o supracitado dispositivo constitucional, na medida em que tem como objetivo exigir do destinatário final, não contribuinte, o pagamento do adicional de alíquota. Diante de tal percepção, verifica-se a coerência da decisão de primeiro grau no sentido de assegurar às impetrantes que não sofram prejuízos por atuações estatais amparadas em norma, *a priori*, dotada de inconstitucionalidade.

Ademais, dito protocolo possui vigência em Estados da Federação que não o assinaram, o que demonstra violação ao Princípio do Pacto Federativo, bem como à determinação do art. 102 do CTN, que condiciona a extraterritorialidade de normas dos Estados, Municípios e do Distrito Federal ao reconhecimento pelos entes federados em

que incidirão os seus efeitos.

Outro não é o entendimento emanado pela atual jurisprudência pátria, senão vejamos:

> **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS. COMÉRCIO ELETRÔNICO. **PROTOCOLO 21/2011 DO CONFAZ. LEGALIDADE CONTROVERSA. VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO.**211. O PROTOCOLO 21/2011 DO CONFAZ AUTORIZOU AS UNIDADES FEDERADAS DESTINATÁRIAS A EXIGIREM PARCELA DO ICMS, EM OPERAÇÕES INTERESTADUAIS EM QUE O CONSUMIDOR FINAL ADQUIRE MERCADORIA OU BEM DE FORMA NÃO PRESENCIAL POR MEIO DE INTERNET, TELEMARKETING OU SHOWROOM (CLÁUSULA PRIMEIRA). **2. TODAVIA, QUANDO O DESTINATÁRIO DO PRODUTO NÃO FOR CONTRIBUINTE DO ICMS, OU SEJA, QUANDO FOR PESSOA QUE NÃO PRATICA OPERAÇÕES MERCANTIS (CONSUMIDOR FINAL), O TRIBUTO É DEVIDO À UNIDADE FEDERADA DE ORIGEM E NÃO À UNIDADE FEDERADA DESTINATÁRIA (CF, 155, § 2º, VII, B, DA CF/1988). 3. O PROTOCOLO 21/2011 DO CONFAZ NÃO FOI ASSINADO POR TODAS AS UNIDADES DA FEDERAÇÃO, O QUE FERE O PACTO FEDERATIVO.4. DIANTE DA CONTROVÉRSIA SOBRE A LEGALIDADE DO PROTOCOLO 21/2011 DO CONFAZ, DEVE SER MANTIDA A DECISÃO QUE DEFERIU ANTECIPAÇÃO DE TUTELA, AFASTANDO A SUA APLICAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO.** 5. NEGOU-SE PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
> (224395320118070000 DF 0022439-53.2011.807.0000, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/02/2012, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 09/02/2012, DJ-e Pág. 100)

No que diz respeito ao *periculum in mora*, conclui-se que a cobrança do referido adicional de alíquota embasada pela supramencionada norma e consequente apreensão da mercadoria, quando não ocorrer o seu pagamento, obsta o desenvolver da atividade empresarial desempenhada pelas impetrantes, de sorte que, a suspensão da liminar concedida, poderá dar ensejo à lesão grave e de difícil ou improvável reparação.

Isso posto, com arrimo nas questões acima delineadas, entendo pela existência dos requisitos autorizadores da liminar concedida em primeira instância, razão pela qual conheço do presente Agravo de Instrumento, mas para negar-lhe provimento, mantendo-se incólume a decisão vergastada.

Fortaleza, 12 de setembro de 2012.

Processo nº 0072201-31.2012.8.06.0000.
Natureza: Agravo de Instrumento.
Agravante: Idalécio Peixoto.
Agravada: Unimed de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda..
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA - PROCEDIMENTO INCLUÍDO PELA LEI Nº 11.232/2005 – AUTONOMIA - NOVO PROVIMENTO JURISDICIONAL - EXIGÊNCIA. FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO – CERTIDÃO DE INTIMAÇÃO – NECESSIDADE – TEMPESTIVIDADE AFERIDA POR OUTROS ELEMENTOS – POSSIBILIDADE. MULTA COMINATÓRIA – TERMO *A QUO* – EFICÁCIA DA SENTENÇA – PRECEDENTES DO STJ.

1. Trata-se de execução da decisão que estipulou multa cominatória.
2. O procedimento para cumprimento da sentença previsto no capítulo X do título VIII do CPC, possui caráter autônomo e reclama provimento jurisdicional próprio.
3. Possível a verificação da tempestividade do recurso através de outros elementos insertos nos autos que não a certidão de intimação. Precedentes.
4. É lícito ao juiz modificar o valor e a periodicidade da astreinte (CPC, Art. 461, § 6º). Não é possível, entretanto fixar-lhe termo final, porque a incidência da penalidade só termina com o cumprimento da obrigação ou quando a decisão torna-se ineficaz pela perda do objeto da ação. Precedentes. AGRAVO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0072201-31.2012.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a 2ª Câmara Civil do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, mas reformar a sentença no tocante ao valor da dívida pela ocorrência de erro material, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Recurso de Agravo de Instrumento interposto por Idalécio Peixoto em face da decisão prolatada em procedimento de Cumprimento de Sentença (Execução) nos autos da Ação Ordinária com Preceito Cominatório para Obrigação de Fazer que o

agravante ajuizou contra a empresa agravada – fls. 01/06.

Inicialmente o recorrente, discorrendo sobre os fatos, informa que a parte agravada deixou de fornecer material imprescindível à sua sobrevivência (marca-passo), contrariando decisão judicial anterior que previa cominação em multa pecuniária à razão de R$ 1.000,00 / dia.

Aduz ainda, o agravante, que após o trânsito em julgado da sentença primeira, ajuizou execução em procedimento especial de cumprimento de sentença, cujo "valor da execução atualizado conforme sentença e confirmado pelo Acórdão desta Corte Estadual, era de R$ 738.874,22...". (sic).

Assevera então, o recorrente, que a decisão reduziu drasticamente a quantia executada em cerca de 92%, tendo por base a regra contida no artigo 461, § 6º, do CPC, que permite ao magistrado, de ofício, alterar o valor ou a periodicidade da multa cominatória se excessiva ou irrisória.

Ao final requer a revogação da decisão para manter a multa pelo valor original de R$ 738.874,22, ou, alternativamente, sua redução para o mínimo de 30% daquele total, por compatibilizar a natureza da pena ao poderio econômico da empresa, além de assegurar seu caráter educativo.

Contraminuta da empresa agravada que, inicialmente, argumenta sobre a inadmissibilidade do recurso por violar o artigo 525, inciso I, do CPC, considerando a ausência da certidão de intimação do agravante – fls. 235/244.

No mérito, a empresa agravada alega excesso no valor pretendido pelo agravante, considerando o caráter coercitivo, e não indenizatório, da multa aplicada. Além disso, a empresa recorrente considera exorbitante o valor da astreinte, a qual, por ser, obrigatoriamente, adequada ao gravame, submete-se à incidência do artigo 461 do CPC, parágrafo 6º, visando manter a proporcionalidade para com a obrigação.

Ao final, pretende, preliminarmente, a inadmissibilidade do recurso, ou, no mérito, sua improcedência, mantendo-se a eficácia da decisão interlocutória proferida pelo magistrado de primeiro grau.

Informações prestadas pelo magistrado de primeiro grau juntando nova cópia da decisão prolatada – fls. 292/298.

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Trata-se, no caso, de cumprimento da sentença que arbitrou cominação em multa à empresa agravada por descumprimento de obrigação determinada judicialmente, cuja execução gerou, nos próprios autos, procedimento próprio inserto no capítulo X do título VIII do CPC, incluído pela Lei nº 11.232/2005.

Comprova a adoção de tal procedimento a petição inicial interposta após a sentença original, cuja cópia de vê às fls. 173/174 desses autos, na qual o exequente nomina a ação de "Cumprimento de Sentença c/ Trânsito em Julgado", e fundamenta,

em seu pedido final, o rito adotado como sendo o artigo 475-J do CPC.

O Juiz da causa, considerando a interposição do novo procedimento como ação autônoma a reclamar provimento judicial, deu seguimento à tramitação da execução, na qual foram apresentados impugnação, nos termos do artigo 475-L do CPC.

Sobre tal procedimento, entendo pertinente tecer algumas considerações quanto à sua viabilidade, como exposto adiante.

Efetivamente, com a reforma estabelecida pela citada Lei nº 11.232/2005, todas as sentenças passaram a se submeter a um regime único de cumprimento, sem depender de ação executiva autônoma para imprimir eficácia à sua atuação.

Inicialmente, o novo procedimento destaca a distinção quanto à obrigação por quantia certa, que far-se-á por execução (art. 475-I).

Agora, as ações de execução autônoma subsistem para os títulos extrajudiciais e para os casos previstos em lei (execução por quantia certa contra a Fazenda Pública / Alimentos), restando ao novel capítulo do CPC, sobre o cumprimento da sentença, regulamentar a efetivação do que dispõe a decisão final, nos próprios autos da ação onde se deu o proferimento.

Na verdade, ocorre a instauração de novo processo, de nova ação, com objeto próprio, prazos a serem cumpridos e impugnação, tudo no mesmo caderno processual, sujeito ao processamento ditado pelos artigos 475-I/475-R do CPC.

Para melhor entendimento, pertinente a atual doutrina sobre o assunto:

> "Todavia, cuidando-se de cumprimento de sentença de pagar quantia, em que existe um procedimento típico, com rito e itinerário a ser seguidos, que depende de provocação da parte para ser iniciado, e, principalmente, que será realizado mediante inúmeros atos concatenados a um mesmo fim, - podendo inclusive haver impugnação incidental do executado -, realmente será justa a fixação de honorários para esta fase executiva..." (José Carlos Barbosa Moreira, "Observações sobre a estrutura e terminologias do CPC após as reformas das leis nº 11.232 e 11.382", REMERJ 41/25-29).

Justifica-se, assim, a adoção do procedimento para cumprir a determinação da sentença que envolve quantia a pagar, ao invés de qualquer outro procedimento executivo que, agora, destinam-se à apreciação de títulos sem chancela judicial ou limitam-se à previsão legal.

Quanto à autonomia procedimental do cumprimento da sentença, interessante observar entendimento doutrinário à espécie:

> "... todo procedimento possui um objeto litigioso, que é a questão a ser resolvida pelo ato final (decisão). O que define o objeto litigioso de cada procedimento é o ato inaugural, normalmente uma demanda formulada por uma das partes. Analisar a admissibilidade de um procedimento é verificar a possibilidade de o seu objeto litigioso ser apreciado." (DIDIER JR., Fredie, BRAGA, Paula Sarno, OLIVEIRA, Rafael, "Curso de Direito Processual

Civil", Vol. 2, editora Juspodium, 4ª ed., 2009, p. 302).

O artigo 475-P do Código Processual, estabelece:

> "Art. 475-P: O cumprimento da sentença efetuar-se-á perante:
> I – [...]
> II – o juízo que processou a causa no primeiro grau de jurisdição;
> III - […]
> Parágrafo único. No caso do inciso II do 'caput' deste artigo, o exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontram bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitado ao juízo de origem." (grifei).

Conclui-se que o 'caput' do artigo mencionado reforça a autonomia do procedimento de cumprimento da sentença, enquanto o parágrafo, ao determinar a remessa dos autos a juízo diverso do original para tramitação da fase executiva, assegura seu desenrolar no mesmo caderno processual.

O novo procedimento, com atos executórios realizados de forma incidental, visa combater a dualidade processual antes existente, entre a cognição e a execução, pela qual se dava provimentos judicantes em ações distintas. A criação desta nova fase, deslocando o trâmite executório para o processo de conhecimento, mantém a unidade processual e estabelece um sistema instrumental sincrético em atenção aos princípios da efetividade e brevidade processual.

No caso em análise, o agravante requereu o cumprimento do que foi determinado na sentença da ação original (Ordinária com Preceito Cominatório) quanto ao pagamento da multa imposta.

A empresa executada, aqui agravada, apresentou impugnação à execução, como preceitua o artigo 475-L do CPC. O magistrado, acatando parcialmente a impugnação, procedeu à liquidação da sentença e emitiu decisão quanto ao valor executado, fixando a quantia em R$ 42.481, 09 (Quarenta e dois mil quatrocentos e oitenta e um reais e nove centavos), sem, contudo, extinguir a execução.

Sobre tal decisão insurgiu-se o agravante, considerando-a como decisão interlocutória, nos termos do artigo 475-M, § 3º, do CPC.

A princípio, reporto-me à preliminar levantada pela empresa agravada, pela qual pretende a inadmissibilidade do recurso considerando ausente a certidão de intimação da decisão recorrida, documento essencial à formação do instrumento nos termos do artigo 525, inciso I, do CPC.

A par disso, a súmula nº 223 do STJ corrobora dita exigência, cujo enunciado expressa o seguinte: "A certidão de intimação do acórdão recorrido constitui peça obrigatória do instrumento de agravo".

A finalidade do documento é possibilitar a verificação temporal do recurso, confrontando a data do protocolo com a data de intimação inserida na certidão.

Entretanto, jurisprudência recente permite a dispensa da certidão de intimação se a tempestividade do recurso puder ser aferida pela documentação apresentada.

Veja-se adiante julgado emitido pela Corte Superior de Justiça sobre a matéria:

> "Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. INTUITO INFRINGENTE. NÃO CABIMENTO. MULTA. CABIMENTO. 1. Nos termos do artigo 258, § 2º, do Regimento Interno desta Corte, não é cabível agravo regimental contra decisão do relator que, dando provimento ao agravo, determina a subida do recurso especial inadmitido na origem. 2. […]. 3. Embargos declaratórios rejeitados, com aplicação de multa de 1% (um por cento) sobre o valor da causa (artigo 538, parágrafo único, do CPC). Outras informações: É possível o conhecimento do agravo de instrumento na hipótese em que o agravante juntou certidão de intimação das partes, disponibilizada no Diário de Justiça Eletrônico, para comprovar a tempestividade do recurso especial , ainda que esta certidão não mencione o número do processo, pois, com o advento da Lei 11.419/2006, a tese de que as informações processuais fornecidas pelos sites oficiais dos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, somente possuem cunho informativo perdeu sua força, na medida em que, agora está vigente a legislação necessária para que todas as informações veiculadas pelo sistema sejam consideradas oficiais." (Destaquei). (STJ; Processo EDcl no AgRg no Ag 1237445/TO Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 2009/0172095-7; Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva; Órgão: 3ª Turma; Julg. 21/06/2012; Fonte DJe 28/06/2012).

Assim, considerando que as informações veiculadas pelo sistema judiciário passam a ser oficiais com o advento da Lei mencionada no aresto reproduzido, é possível aferir a tempestividade do recurso através de outros elementos além da certidão exigida pela legislação.

Analisando os autos mais apuradamente observo a inserção de cópia do Diário de Justiça Eletrônico publicado por esta Corte, o qual consta, no item 43, a intimação do patrono, cuja data permite constatar a tempestividade do recurso – vide fls. 222 dos autos.

Verificando-se a data da disponibilização da decisão como 15 de dezembro de 2011, o início da contagem deu-se a partir do dia 16, remanescendo 04 dias de prazo, uma vez que no período de 20 de dezembro a 06 de janeiro ocorre o recesso judiciário natalino, no qual os prazos não são considerados. Do reinício da contagem no dia 07 de janeiro até a data do protocolo do recurso, dia 10 de janeiro de 2012, decorrem mais 04 dias, totalizando oito dias desde a data da intimação até a interposição do recurso, atestando sua tempestividade.

Rejeito, portanto, a preliminar para considerar o recurso admissível.

Quanto ao mérito, em suas razões, o agravante alega que a decisão pautou-se pela disposição do artigo 461, § 6º, do CPC, que permite ao juiz, de ofício, alterar o valor ou a periodicidade da multa, se considerá-la excessiva ou irrisória.

Também a empresa agravada pretende, em suas contrarrazões, a manutenção da decisão por considerar a propriedade da aplicação do mesmo parágrafo acima mencionado, alegando exorbitância no valor da astreinte.

Entretanto, embora a decisão mencione a regra aqui destacada, de sua análise não resulta que o aresto serviu de fundamentação à sua conclusão. Na verdade, não houve qualquer alteração no valor da cominação, que continuou a ser de R$ 1.000,00 (Mil reais), nem modificou sua periodicidade, que continuou a incidir diariamente.

Contudo, o agravante insiste em considerar a aplicabilidade da astreinte desde a intimação da empresa agravada (27.09.2007) até a data de publicação da sentença para fins de intimação (30.09.2008), perfazendo 368 dias, segundo levantamento dele, recorrente.

A decisão, porém, considerou que a obrigação cominatória era devida desde a intimação da empresa agravada (27.09.2007) até a data da intervenção cirúrgica para implantação de um marca-passo (16.10.2007), cuja aquisição constituía o objeto da ação original, por entender que a tutela concedida se esvai daí em diante.

Ou seja, a discussão gira em torno do termo final da obrigação cominatória, e não em demonstração de modificação de valor cominatório ou em alteração de sua periodicidade.

Neste sentido, entendo não caber razão ao agravante.

Efetivamente, com a implantação do marca-passo pelo SUS, esvaiu-se o objeto da ação, não sendo razoável, a partir de então, a manutenção de uma obrigação de cunho meramente coercitivo. Inócua a própria ação, tanto que foi extinta sem mérito (fls. 121/123), permanecendo a penalidade enquanto perdurou a eficácia da decisão que a estipulou.

Criteriosa análise da decisão que concedeu a medida liminar (fls. 49/50) demonstra que não foi estipulado prazo para cumprimento da obrigação, exigência contida no art. 632 e no art. 461, §4º, ambos do CPC.

Porém, com a cirurgia designada para o dia 05/10/2007, supõe-se ser esta a data de cumprimento da obrigação, a qual não foi satisfeita pela empresa agravada – vide fls. 53/55.

Nova documentação informa a realização da cirurgia no dia 16 de outubro de 2007, com recursos e assistência do SUS, sem que a empresa, ainda nesta data, tenha cumprido a determinação judicial – vide fls. 85/102.

Como dito alhures, a questão em comento se resume na determinação do termo *a quo* da multa cominatória, que não deve se confundir com o prazo estipulado para cumprimento da obrigação.

Com efeito, a cominação deve persistir até o cumprimento integral da obrigação. Outro não tem sido o entendimento de nossos tribunais, conforme julgado

adiante reproduzido.

> "PROCESSO CIVIL - OBRIGAÇÃO DE FAZER - ASTREINTES - FIXAÇÃO DE TERMO FINAL. IMPOSSIBILIDADE.
> - É lícito ao juiz modificar o valor e a periodicidade da astreinte (CPC, Art. 461, § 6º). Não é possível, entretanto fixar-lhe termo final, porque a incidência da penalidade só termina com o cumprimento da obrigação." (STJ; Recurso Especial nº 890.900 - SP 2006/0088695-0; Rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Julg. 17/03/2008).

Verifica-se, assim, a impossibilidade de fixar termo final à penalidade cominatória, porquanto esta deve perdurar até o cumprimento da obrigação determinada na decisão judicial, mesmo que não tendo sido satisfeita no prazo assinalado pelo magistrado. Em outras palavras, a astreinte persiste enquanto a decisão permanecer eficaz para cumprimento.

Coerentemente, a obtenção de resultado prático equivalente à satisfação da obrigação esvazia o objeto da ação, tornando ineficaz a decisão que determina o seu cumprimento.

No caso em análise, a cirurgia praticada sob os auspícios do sistema público de saúde resultou na obtenção do marca-passo pretendido no bojo da ação original e na perda de objeto da ação com a consequente inaplicabilidade da sentença a partir de então, não se mostrando razoável a subsistência da cominação em prazo superior como deseja o agravante.

Por outro lado, a decisão agravada, por se tratar de meros cálculos numéricos, procedeu à liquidação do valor devido considerando o período compreendido entre a data de citação da empresa agravada, dia 27/09/2007, até o dia em que o paciente, aqui agravante, realizou a cirurgia, dia 16/10/2007, concluindo pela decorrência de 23 dias para aplicação da multa cominatória, incluídos os juros e correções advindos, bem como a incidência de indenização por litigância de má-fé – vide fls. 214/219.

Tal conclusão gerou uma dívida principal de R$ 23.000,00. Entretanto, parece ter havido erro material na contagem do período, uma vez que, incluído o dia do início, transcorreram apenas 20 dias desde a estipulação da cominação até a data da cirurgia, que caracterizou a ineficácia de cumprimento da decisão.

Deve, portanto, a decisão agravada ser reformada apenas no que diz respeito ao erro material verificado para fixar em 20 dias o período de abrangência da decisão, passando o valor principal da dívida a se constituir em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) mais a incidência dos juros e correção monetária, além da condenação em litigância de má-fé também submetidos às correções devidas, tudo de acordo com o cálculo procedido pela decisão.

Portanto, acolho a tempestividade e os demais requisitos do recurso para, tomando conhecimento de sua interposição, NEGAR-LHE PROVIMENTO por tudo quanto foi exposto. De ofício, por se tratar de erro material, reformo a decisão apenas

quanto ao valor principal da dívida, que deve ser considerado em R$ 20.000,00 (vinte mil reais) correspondente ao período de 20 dias decorridos desde a decisão liminar até a data da cirurgia.

É como voto.

Fortaleza, 10 de outubro de 2012.

PROCESSO Nº 0076241-56.2012.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO DA COMARCA DE FORTALEZA
AGRAVANTE: WEST CARD ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO LTDA.
AGRAVADA: ICAL IMOBILIÁRIA CARLOS ALBERTO LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA COM CLÁUSULA RESOLUTIVA EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. APLICABILIDADE PARA SALVAGUARDA DO DIREITO EM QUESTÃO.

1. É necessária a prévia resolução judicial do pacto para que as partes retornem ao *status quo ante*, com a reintegração da posse ao promitente-vendedor, a qual se dará ao final da demanda resolutória, ainda que exista cláusula resolutória expressa no contrato.

2. Na espécie, havendo pedido de tutela antecipada, a situação fática deve ser enfocada sob a ótica da irreversibilidade do provimento que, evidentemente, é prejudicial à promitente-compradora, pois a antecipação pretendida teria como efeito o desalojamento sumário, com afronta de todas as cautelas advindas do devido processo legal.

3. Sendo válida, pois, a promessa de compra e venda, conquanto não haja sido anulada, seria lógico que a promitente-compradora auferisse os frutos do empreendimento, objeto do contrato. Porém, devido à sua inadimplência, fato este comprovado e fundamentado na decisão liminar, foi determinado o depósito das verbas locatícias, pagas pelos locatários das unidades de lojas e quiosques do Shopping Maraponga, em conta judicial aberta, especificamente, para esse fim, resguardando o direito das partes até a resolução definitiva deste feito, como manifestação do poder geral de cautela.

4. Agravo de Instrumento conhecido e provido, nos termos da decisão liminar nele proferida.

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 de Instrumento, DANDO-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Desembargador Relator, parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de Agravo de Instrumento interposto por WEST CARD ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO LTDA., contra decisão interlocutória, fls. 18/20, proferida pela magistrada *a quo* nos autos da Ação de Rescisão Contratual cumulada com Reintegração de Posse, ajuizada por ICAL IMOBILIÁRIA CARLOS ALBERTO LTDA., que determinou a reversão dos aluguéis em prol da promitente-vendedora - Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda.-, sem reintegrá-la na posse do imóvel vendido.

No caso, as sociedades em litígio firmaram Contrato de Promessa de Compra e Venda, mediante instrumento particular, fls. 50/54, pelo qual Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda. prometeu vender dois imóveis (Shopping Maraponga) a West Card Administradora de Cartão de Crédito Ltda., com preço ajustado entre as contraentes, cuja forma de pagamento consistiu em pagar determinado valor pecuniário a título de sinal, seguido de parcelas pecuniárias descriminadas no contrato, com cláusula de irretratabilidade.

Verificado o inadimplemento da obrigação avençada, a promitente-vendedora, isto é, Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda., requereu, em juízo, após prévia notificação extrajudicial, a rescisão contratual para voltar a receber os aluguéis oriundos do empreendimento empresarial, e ter a posse dos aludidos imóveis.

Nesse cenário foi que a magistrada de piso, entendendo em mora a promitente compradora, West Card Administradora de Cartão de Crédito Ltda., relativamente à quitação das parcelas em atraso, determinou a reversão dos aluguéis, oriundos dos contratos de locação imobiliária firmados no âmbito do Shopping Maraponga, em prol da promitente-vendedora, até o deslinde da causa, indeferindo, contudo, a reintegração de posse requerida por Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda.

Em suas razões recursais, aduz a promitente-compradora, West Card Administradora de Cartão de Crédito Ltda., que inexiste, de sua parte, inadimplemento contratual. Afirma que, na verdade, pagou mais do que o valor da prestação (R$ 187.000,00), dita em atraso pela promitente-vendedora, na medida em que repassou vários cheques de terceiros a ela, somando-se a quantia de R$ 109.239,99 (fls. 248/254), além de lhe ter transferido a propriedade de um veículo automotor (Hilux), avaliado em R$ 80.000,00, mais o valor relativo às cauções efetuadas (R$ 66.000,00) pelos locatários do citado shopping center, que lhe não foram repassadas pela Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda.

Requereu a concessão de efeito suspensivo ao recurso aviado, que foi, em parte, deferido por esta Relatoria, nos termos da decisão de fls. 304/308, autorizando o depósito dos aludidos aluguéis, oriundos dos contratos locatícios referentes às lojas e quiosques do Shopping Maraponga, em conta bancária judicial, aberta especificamente para esse fim, à disposição do juízo de origem.

Contrarrazões da promitente-vendedora repousam às fls. 310/317, nas quais

ratifica suas razões iniciais, principalmente no que toca à inadimplência da promitente-compradora.

Insta informar que da decisão atacada também recorreu a parte adversa, nos autos do Agravo de Instrumento nº 0075931-50.2012.8.06.0000/0, apreciados e julgados conjuntamente, visto a conexão existente.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos dos recursos, passo à análise dos pontos controvertidos em ambos Agravos em pauta.

I – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0075931-50.2012.8.06.0000/0

O entendimento sedimentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte é de que, em regra, não se mostra aconselhável o deferimento da liminar em prol do promitente-vendedor em ação reintegratória, quando a posse do promitente-comprador advier de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que exista inadimplemento no pagamento do preço.

Vale dizer, é necessária a prévia resolução judicial do pacto para que as partes retornem ao *status quo ante*, a ensejar reintegração da posse ao promitente-vendedor, ainda que exista cláusula resolutória expressa no contrato. Destarte, o descumprimento contratual não se prova através de simples notificação, como quer fazer a promitente-vendedora, Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda.; a posse justa se mantém até o acertamento de direitos entre as partes se pela sentença forem remetidas ao estado anterior.

É traço característico de todo contrato a criação de vínculo jurídico entre as partes, sendo fonte de obrigação. Assim, há possibilidade de vir a rescisão da avença ser submetida a processo judicial, para que se observem os direitos à ampla defesa e ao contraditório, exatamente porque necessária a verificação da inadimplência das partes e ponderação da gravidade desse inadimplemento e as suas consequências. Com efeito, incabível a antecipação dos efeitos da tutela para reintegração de posse.

Nesse sentido, cito o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. VIOLAÇÃO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. RESOLUÇÃO DO CONTRATO POR INADIMPLEMENTO. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO JUDICIAL PARA A RESOLUÇÃO DO CONTRATO. PRECEDENTES. (...) 2. **Diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva norteador dos contratos, na antecipação**

> **de tutela reintegratória de posse, é imprescindível prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa.** (...) (grifo nosso) (STJ. AgRg no REsp 969596/MG. Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (1123). T4 - DJe 27/05/2010).
> "**É imprescindível a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que existente cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva a nortear os contratos.**" (REsp 620.787/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/04/2009, Dje 27/04/2009, REPDJe 11/05/2009, REPDJe 15/06/2009)
>
> CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NECESSIDADE DE PRÉVIA RESCISÃO CONTRATUAL. INTERPELAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL. INSUFICIENTE. I. **Permanecendo o promissário na posse do imóvel, cabe ao promitente promover a ação de resolução do contrato, não bastando para tanto as interpelações judicial em extrajudicial.** II. Agravo improvido. (AgRg no Ag 1004405/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/08/2008, Dje 15/09/2008).
>
> DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE 'RESCISÃO' CONTRATUAL CUMULADA COM REINTEGRAÇÃO NA POSSE. LIMINAR. DESCABIMENTO. CLÁUSULA RESOLUTÓRIA EXPRESSA. IRRELEVÂNCIA. CASO CONCRETO. NECESSIDADE DE DECLARAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE. RECURSO DESACOLHIDO. I - A cláusula de resolução expressa, por inadimplemento, não afasta a necessidade da manifestação judicial para verificação dos pressupostos que justificam a resolução do contrato de promessa de compra e venda de imóvel. **II - A ação possessória não se presta à recuperação da posse, sem que antes tenha havido a 'rescisão' (rectius, resolução) do contrato. Destarte, inadmissível a concessão de liminar reintegratória em ação de 'rescisão' de contrato de compra e venda de imóvel.** (RESP 204246/MG, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 10.12.2002, DJ 24.02.2003 p. 236).

Posição também adotada neste Sodalício:

> CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. **AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PEDIDO DE LIMINAR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA NÃO RESCINDIDO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO ESBULHO. APELAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA.** 1. **A ação direta de reintegração de posse, na forma em que posta, não é o meio hábil para rescindir contrato de promessa de compra e venda de imóvel.** 2. **Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial prevalecente,**

faz-se necessária a prévia manifestação judicial na hipótese de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel para que seja consumada a resolução do contrato, ainda que exista cláusula resolutória expressa, diante da necessidade de observância do princípio da boa-fé objetiva que norteia os contratos. 3. Recurso conhecido, porém não provido. (Apelação 797491-24.2000.8.06.0001/0, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, Registrado em 29/07/2010)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE LIMINAR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. INADIMPLIDO. CONSTITUIÇÃO EM MORA. NECESSIDADE DE PRÉVIA RESILIÇÃO CONTRATUAL. LIMINAR INDEFERIDA. 1.**Não é razoável o deferimento de tutela antecipada, sem que antes seja decretada jurisdicionalmente a resilição do contrato firmado pelas partes, tendo em vista que o negócio jurídico é válido, não existindo, em tese, a posse injusta, ainda.** 2.Recurso conhecido e não provido. (Apelação 46332-37.2010.8.06.0001/0, Relator Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, 3ª Câmara Cível, Registrado em 17/03/2011)

CIVIL E PROCESSO CIVIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO COM CLAÚSULAS RESOLUTIVAS EXPRESSAS. IRRELEVÂNCIA. NECESSIDADE DE RESOLUÇÃO DO CONTRATO. EXTINÇÃO DO FEITO SEM ANÁLISE DO MÉRITO. ART. 267, VI DO CPC. 1. A controvérsia a ser dirimida no presente recurso cinge-se a perquirir sobre a prejudicialidade da ação de rescisão contratual frente ao pedido de reintegração de posse no caso sub examine. 2. A apelante celebrou com a apelada um Contrato Particular de Compra e Venda de um imóvel (fls. 09/15). A recorrente tornou-se inadimplente por não pagar 12 (doze) parcelas. Em decorrência disso, a empresa recorrida alegou que a recorrente havia esbulhado o bem a partir do momento em que deixara de pagar as parcelas contratuais, caracterizando, assim, a posse clandestina. Rogou, bem por isso, a reintegração possessória. 3. A insurgente sustentou carência de ação, pugnando pela extinção do feito sem resolução de mérito. Argumentou que a apelada deveria ter ajuizado ação de anulação de contrato de compra e venda cumulada com o pedido de reintegração possessória, pois o provimento da primeira ação seria indispensável para o deslinde da segunda. 4. **Como sabido, o pedido de anulação de contrato de compra e venda é prejudicial ao da reintegração possessória. Mesmo que o contrato contenha cláusulas resolutivas expressas, é indispensável que o Judiciário se manifeste sobre a anulação contratual, para só após, analisar o pedido de reintegração possessória. A posse advém do contrato. No entanto, não se verificou isso nos autos.** 5. Por tudo isso, justifica-se o provimento do apelo interposto, reformando-se a sentença de primeiro grau *in totum* para que seja decretada a extinção do processo sem a análise do mérito, por carência de ação ante a falta de interesse de agir, com supedâneo no Art. 267, VI do Código de Processo Civil. - Apelação conhecida e provida. - Sentença reformada. - Unânime. (Apelação 3070-18.2002.8.06.0000/0, Relatora Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, Julgado em 10/02/2010).

E perfilhada pelos tribunais pátrios, notadamente os do Rio Grande do Sul e de Minas Gerais, conforme os seguintes julgados:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. AÇÃO DE RESOLUÇÃO DE CONTRATO CUMULADA COM PEDIDOS DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE E INDENIZAÇÃO. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. INDEFERIMENTO. A ausência de notificação premonitória, de acordo com as disposições contidas no Decreto-Lei nº 58/37 e no Decreto-Lei nº 745/69, é imprescindível, mesmo que sua forma seja relativizada pela jurisprudência. **Ademais, não há falar em posse injusta enquanto não rescindido o contrato de promessa de compra e venda.** NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. (Agravo de Instrumento Nº 70011070190, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felippe Schmitz, Julgado em 03/05/2005).
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. INVIABILIDADE DO DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR DE IMISSÃO DE POSSE. **Aforada a ação de rescisão contratual, onde o escopo principal da demanda é a rescisão do contrato de promessa de compra e venda celebrado entre as partes, pela inadimplência do adquirente, não se mostra recomendável o deferimento da liminar possessória, sem que, antes, seja resolvido o objeto da demanda. Merece proteção a posse decorrente do negócio, o que impede a imissão de posse da vendedora, ante a ausência de exercício de posse injusta do comprador. Precedentes do STJ e desta Corte.** NEGADO SEGUIMENTO ao recurso, por decisão monocrática. (Agravo de Instrumento Nº 70041228073, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson José Gonzaga, Julgado em 16/02/2011).
>
> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. INADIMPLEMENTO. ESBULHO. RESCISÃO CONTRATUAL. DECLARAÇÃO JUDICIAL. INTERESSE PROCESSUAL. (...) **A rescisão do contrato de compra e venda depende de declaração judicial, ainda que prevista cláusula resolutiva, sem o que inexiste esbulho possessório necessário para configurar o interesse processual para a ação de reintegração de posse.** (TJMG. Processo nº 1.0079.04.127370-1/001. Relator Des. JOSÉ FLÁVIO DE ALMEIDA - Dje 17/11/2008).

Na espécie, havendo pedido de tutela antecipada, a situação fática deve ser enfocada sob a ótica da irreversibilidade do provimento que, evidentemente, é prejudicial à promitente-compradora, pois a antecipação pretendida teria como efeito o desalojamento sumário, com afronta às cautelas do devido processo legal.

Assim, em que pesem os argumentos apresentados pela promitente-vendedora, aqui agravante, ainda não houve manifestação judicial no juízo de origem a resolver o contrato de compra e venda, bem como, não se verifica neste azo a

verossimilhança do direito alegado.

Outrossim, não se constata, modo cabal, a urgência da medida requestada, tanto menos fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, mormente porque os prejuízos suportados pelo uso e conservação do imóvel poderão ser ressarcidos por perdas e danos.

Quanto ao suposto temor de desabamento do prédio em questão, também não acorre razão à promitente-vendedora.

É bem verdade que, inobstante o compromisso avençado não implique em transferência da propriedade, conquanto se dê apenas com o registro do imóvel no cartório competente (art. 1.245 do Código Civil), ao promitente-comprador é atribuída posse a partir da assinatura do compromisso de compra e venda, sendo pacífica a jurisprudência que sufraga a responsabilidade do promitente-comprador, independentemente do registro da promessa, podendo defender/zelar sua posse (Súmula 84/STJ).

Nos termos do voto do Ministro Humberto Martins, no REsp 1.204.923/RJ, DJe 28/05/2012, *"... a promessa de compra e venda constitui negócio jurídico. Como tal, são imanentes a ele: direitos, deveres, obrigações, exceções e demais categorias eficaciais. O registro, por isso, não interfere na relação de direito obrigacional, apenas produz eficácia perante terceiros que não participaram do contrato."*

Portanto, se a posse legítima é do promitente-comprador, ao menos por ora cabe a ele, em tese, tomar as providências cabíveis para evitar a deterioração ou perda do imóvel, sob pena de arcar com as consequências jurídicas advindas de sua inércia, sendo tal responsabilidade apurada em momento oportuno perante o juízo competente, refugindo o tema aos limites objetivos desta lide, e muito mais ao crivo desta relatoria, por configurar supressão de instância.

Logo, inexistente prova inequívoca do direito alegado, bem como não verificada a verossimilhança das alegações, restam desatendidos os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, particularidade que afasta a possibilidade de reintegração da posse pleiteada por Ical Imobiliária Carlos Alberto Ltda.

II – AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0076241-56.2012.8.06.0000/0

Sendo válida, pois, a promessa de compra e venda, conquanto não haja sido anulada, seria lógico que a promitente-compradora auferisse os frutos do empreendimento, objeto do contrato. Porém, devido à sua inadimplência, fato este comprovado e fundamentado na decisão liminar de fls. 304/308, foi determinado o depósito das verbas locatícias, pagas pelos locatários das unidades de lojas e quiosques do Shopping Maraponga, em conta judicial aberta, especificamente, para esse fim, resguardando o direito das partes até a resolução definitiva do feito na origem.

Tal medida se justifica pois, pelo que se depreende dos documentos colacionados aos autos, até o presente momento não houve o adimplemento da parcela em atraso, de R$ 187.000,00, reclamada pela promitente-vendedora. A cópia das folhas

dos cheques de terceiros acostadas pela promitente-compradora, fls. 248/254, não comprovam a compensação daqueles valores em benefício da outra parte. Da mesma forma, não há, nestes autos, a comprovação da transferência do citado veículo Hilux, fl. 255, em prol da promitente-vendedora.

Por outro lado, também não seria justo e prudente autorizar a reversão da renda locatícia à promitente-vendedora, pelas mesmas razões acima assinaladas. Por isso, entendo prudente manter a medida aplicada por ocasião do exame liminar deste Agravo de Instrumento.

O poder geral de cautela é medida de defesa da jurisdição, passível de ser utilizado em qualquer processo ou incidente processual, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Na concepção de Calamandrei, o Poder Cautelar Geral do juiz *"corresponde ao conceito de medida cautelar como 'polícia judiciária' ou como grupo de poderes que o juiz exerce para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado"* (Ovídio A. Baptista da Silva, in "Do Processo Cautelar", 4ª ed., Ed. Forense, 2009, Rio de Janeiro, pág. 117).

Acerca do poder geral de cautela, dispõe o STJ:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. HASTA PÚBLICA. SUSPENSÃO. ALEGAÇÃO DE JULGAMENTO *EXTRA PETITA*. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. SÚMULA 284/STF. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. 1. O julgamento *extra petita* ocorre quando o *decisum* contempla questão não incluída na *litiscontestatio* (artigos 128 e 460, do CPC), sendo certo que os limites do recurso são estabelecidos pelo recorrente, em suas razões e no pedido de nova decisão, ex vi do artigo 515, do CPC. 2. **O poder geral de cautela conferido ao juiz, nada obstante, autoriza-lhe a determinação de medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação (artigo 798, do CPC). Outrossim, pode o juiz, para evitar o dano, autorizar ou vedar a prática de determinados atos, ordenar a guarda judicial de pessoas e depósito de bens e impor a prestação de caução (artigo 799, do CPC).** (...) Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (REsp 827.932/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJe 01/10/2008)

Ação cautelar incidental. Depósito de valores correspondentes ao êxito obtido na apelação. Impossibilidade da execução provisória por motivo devido ao aparelho judiciário. Presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. 1. **Não usurpa o poder geral de cautela o julgado que, considerando as peculiaridades do caso concreto, defere medida cautelar incidental para o depósito de valores considerados**

corretos pelo Acórdão da apelação, enquanto não examinada a admissibilidade do especial e sendo, ainda, inviável a extração da carta de sentença para a execução provisória, presentes o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*. 2. Recurso especial não conhecido. (REsp 343.606/SP, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/04/2002, DJ 28/10/2002, p. 309)

Nesse segmento, impõe-se a confirmação da atribuição de efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento, para manter a reversão da renda locatícia paga pelos locatários das unidades de lojas e quiosques do Shopping Maraponga em conta bancária judicial, aberta especificamente para esse fim, até ulterior decisão em contrário.

Ressalto que a medida em comento, além de salvaguardar o direito daquele a quem deve ser direcionado o levantamento do depósito, em momento oportuno, foi requerida pelo próprio promitente-comprador, aqui agravante, de forma sucessiva, no vertente Agravo de Instrumento (fls. 01/11).

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, **CONHEÇO** de ambos os recursos, **NEGANDO PROVIMENTO** ao Agravo de nº 0075931-50.2012.8.06.0000/0, e **DANDO PROVIMENTO** ao Agravo de n º 0076241-56.2012.8.06.0000/0, nos termos da decisão liminar nele proferida (fls. 304/308).

É como voto.

Fortaleza, 1 de outubro de 2012.

Nº ÚNICO: 0011451-97.2011.8.06.0000
TIPO DO PROCESSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO com pedido de efeito suspensivo em
AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS
ORIGEM: comarca de JAGUARUANA
AGRAVANTE/PROMOVIDO: SM FOMENTO COMERCIL LTDA
AGRAVADO/PROMOVENTE: JOSE ROBERTO DE OLIVEIRA JUNIOR
RELATOR: MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATOS. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU QUE ANTECIPOU A TUTELA NO SENTIDO DE DETERMINAR A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DA DÍVIDA, BEM COMO A IMPOSSIBILIDADE DE INCLUSÃO O NOME DO AUTOR NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO DE CRÉDITO SEM O CONDICIONAMENTO PRÉVIO AO DEPÓSTO JUDICIAL DO VALOR INCONTROVERSO DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO REFORMADA.
1. Agravo de Instrumento interposto visando desconstituir decisão de magistrado de planície que deferiu a antecipação de tutela no sentido de que o réu se abstenha de incluir o autor nos cadastros de restrição de crédito; bem como seja suspensa a exigibilidade da dívida decorrente dos contratos firmados pelos litigantes
2. É assente nos tribunais a impossibilidade de concessão da antecipação de tutela em ações revisionais sem o condicionamento ao depósito dos valores incontroversos do contrato.
3. Agravo de Instrumento conhecido e provido, para permitir a inclusão ou a manutenção do nome do agravado nos órgãos de proteção ao crédito até a consignação dos valores tidos por incontroversos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento de nº. 11451-97.2011.8.06.0000, da Vara Única da Comarca de Jaguaruana, em que é agravante SM FOMENTO COMERCIAL LTDA. e agravado JOSÉ ROBERTO DE OIVEIRA JUNIOR

ACORDA a Sexta Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em DAR provimento ao Agravo de Instrumento interposto, permitindo a exigibilidade da dívida, bem como das garantias apresentadas, assim como a inclusão ou a manutenção do nome do agravado, o Sr. José Roberto de Oliveira Junior, nos órgãos de proteção ao crédito até a consignação dos valores incontroversos.

Fortaleza, 5 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo ativo

interposto por SM FOMENTO COMERCIAL LTDA, nos autos da Ação Revisional de Contratos de nº 3787-79.2011.8.06.0108/0, ora agravante, em desfavor de JOSÉ ROBERTO DE OLIVIERA JUNIOR, ora agravado, na qual o douto magistrado de planície deferiu a antecipação de tutela, determinando: que o réu se abstenha de incluir o autor nos cadastros de restrição de crédito; a suspensão da exigibilidade da dívida decorrente dos contratos firmados pelos litigantes; que o réu apresente junto com a contestação todos os contratos celebrados entre as partes no período de cinco anos.

O autor ajuizou ação de revisão contratual com o intuito de combater supostos abusos e irregularidades presentes no contrato firmado entre as partes, requerendo ao julgador de planície a antecipação dos efeitos da tutela.

O douto magistrado *a quo* entendendo estarem presentes os requisitos, concedeu a antecipação de tutela nos termos pleiteados.

Inconformado com a r. decisão, interpôs o recorrente o presente Agravo de Instrumento. Entre as razões de insurgência, aduz que: a) as partes, no ano de 2009, firmaram um pacto de cessão onerosa de direito creditórios; b) um série de eventos passaram a macular os títulos cedidos desde o estorno de cheques por ordem dos emitentes até o ajuizamento de Ações Declaratórias de Inexistência de Débito c/c Cancelamento de Protesto mediante alegação de que os títulos são "FRIOS"; c) o seu prejuízo está sendo aumentado na medida em que foi deferida uma liminar por um magistrado de Brusque-SC, pela qual restou impedido o protesto dos títulos de crédito; d) são mais de quarenta credores lesados com créditos avaliados em aproximadamente quarenta milhões de reais; e) a intenção do agravado é desvencilhar-se pouco a pouco do seu patrimônio de modo que eventual busca por valores reste prejudicada em face dos desvios de verbas; f) o agravado maquiou os documentos contábeis de forma a levar muitos credores a erro; g) o ordenamento jurídico veda o instituto *venire contra factum proprium*;

Em face desses argumentos e do alegado risco de dano irreparável ou de difícil reparação, requereu o agravante a concessão de efeito suspensivo ao presente recurso a fim de que fosse cancelada a liminar proibitiva da inscrição do nome do autor nos cadastros de proteção ao crédito.

Recebido o presente recurso, esta relatoria pronunciou-se no sentido de conceder a antecipação da tutela recursal pleiteado pelo agravante, haja vista a evidente presença dos requisitos autorizadores da medida, quais sejam, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*.

Em suas contrarrazões, o agravado aduziu que os fundamentos trazidos no agravo de instrumento não são aptos, por absoluta ausência de razões a reformar a decisão interlocutória *a quo,* bem como as alegações são inverídicas e desprovidas de comprovação.

É o breve relato.

VOTO

Impondo-se um juízo antecedente de admissibilidade recursal, conheço do presente recurso, eis que próprio, interposto tempestivamente, observadas as exigências constantes do art. 525, incs. I e II, do Código de Processo Civil, encontrando-se, pois, presentes os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos.

Tem-se, *in casu*, Ação Revisional de Cláusulas Contratuais, pela qual o douto magistrado da Vara Única da Comarca Jaguaruana deferiu a tutela antecipada postulada, alegando haver nulidade nas cláusulas que estipulam responsabilidade solidária dos Autores/ Agravados, cedentes, pela liquidação dos títulos entregues ao Réu/Agravante, cessionário.

Do que se constata dos autos, é que se trata de forma de fomento à atividade empresarial, em que a empresa cedente repassa seus créditos a uma empresa prestadora de serviços de administração de crédito, cobrando para tanto uma remuneração e entregando àquela, certa quantia em dinheiro.

O imbróglio concentra-se no fato de que o julgador singular antecipou a tutela por entender que as cláusulas que estipulam a responsabilidade solidária do autor pela liquidação dos títulos é nula de pleno direito.

A atuação do magistrado de planície merece reparo, posto que as cláusulas que estabelecem a responsabilidade do cedente pela liquidação do título não é nula, já que a própria lei que regula os títulos de créditos permite tal negociação, conforme pode ser percebida pela transcrição abaixo:

> Art. 15, Lei nº 57.663: "O endossante, salvo estipulação em contrários, é garante tanto da aceitação como do pagamento da letra"

A jurisprudência mais recente está orientada no sentido de que é possível a estipulação de cláusula que determina a responsabilidade do cedente pela liquidez do título de crédito, consoante a transcrição abaixo:

> PROCESSO CIVIL E CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DE QUITAÇÃO DA DÍVIDA. TÍTULOS NÃO PAGOS PELO DEVEDOR OBRIGADO. CESSÃO DE DIREITOS PRO SOLVENDO. **RESPONSABILIDADE DO CEDENTE PELO INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO**.
> 1. A CESSÃO DE DIREITO CONSUBSTANCIA-SE EM UM NEGÓCIO JURÍDICO, REGULAMENTADO PELAS NORMAS QUE DISCIPLINAM A CESSÃO DE CRÉDITO - ARTIGOS 286 A 298 DO CÓDIGO CIVIL -, POR MEIO DA QUAL O CREDOR TRANSFERE AO TERCEIRO, TOTAL OU PARCIALMENTE, CERTO CRÉDITO QUE POSSUÍA COM O DEVEDOR, COM TODAS AS GARANTIAS E RISCOS.286298CÓDIGO CIVIL
> 2. **A RESPEITO DA RESPONSABILIDADE DO CEDENTE PELO CRÉDITO TRANSFERIDO, DISPÕE O ARTIGO 296 DO**

> **CÓDIGO CIVIL QUE, SALVO ESTIPULAÇÃO EM CONTRÁRIO, O CEDENTE NÃO RESPONDERÁ PELA INSOLVÊNCIA DO DEVEDOR.**
> 3. **DESTARTE, HAVENDO ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL NESSE SENTIDO, FORÇOSO RE CONHECER A RESPONSABILIDADE DO CEDENTE ACERCA DO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO INADIMPLIDA**, EM RAZÃO DO EFEITO "PRO SOLVENDO" DA CESSÃO, HIPÓTESE EM QUE O CEDENTE RESPONDE PELA EXISTÊNCIA E LEGALIDADE DO CRÉDITO, BEM ASSIM PELA SOLVÊNCIA DO DEVEDOR - NO CASO DOS AUTOS, A EMPRESA AVESTRUZ MÁSTER, OBRIGADA NO TÍTULO.4. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
> (TJ/DF APELAÇÃO CÍVEL 254009420078070003 DF Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 03/03/2010, 1ª Turma Cível, Data de Publicação: 23/03/2010, DJ-e Pág. 75)

Desse modo a cláusula que estipula a responsabilidade solidária não é nula, na medida em que o Código regulador das relações civis autoriza de forma explícita, conforme se depreende abaixo:

> Art. 296 CC: "Salvo estipulação em contrário, o cedente não responde pela solvência do devedor."

Ressalte-se que a regra entre as obrigações cambiárias é que o cedente do título ou o endossante não se responsabilize pela liquidação, entretanto, tanto a lei que regula os títulos de créditos, Lei Uniforme, como o Código Civil asseveram que havendo a estipulação, pode, sim, existir cláusula que obriga o indivíduo que repassa um crédito a responsabilizar-se pela adimplemento.

O agravado em suas contrarrazões confessa que nos últimos meses alguns créditos cedidos retornaram por ausência de cumprimentos integral dos acordos, o que enseja a responsabilidade pela solvência do crédito, já que no contrato pactuado pelas partes existe a cláusula de responsabilização pela solvência.

É assente o entendimento de que o simples ajuizamento da ação que visa à revisão de cláusulas contratuais supostamente ilegais não afasta, por si, a possibilidade de inserção de nomes em cadastros de inadimplentes, bem como não afasta a incidência da mora, como vem se pronunciando o Superior Tribunal de Justiça

> "A simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor".

Da análise do caderno processual, constata-se que o deferimento da antecipação de tutela foi realizado sem que o magistrado de primeiro grau tenha condicionado-a ao depósito das parcelas, mesmo que as incontroversas, representando uma afronta à jurisprudência vigente, conforme pode ser visto na transcrição da jurisprudência exarada do STJ abaixo colacionada:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. REQUISITOS. - A abstenção da inscrição/manutenção em cadastro de inadimplentes, requerida em antecipação de tutela e/ou medida cautelar, somente será deferida se, cumulativamente: a) **a ação for fundada em questionamento integral ou parcial do débito; b) houver demonstração de que a cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do STF ou STJ; c) houver depósito da parcela incontroversa ou for prestada a caução fixada conforme o prudente arbítrio do juiz**. - Agravo no recurso especial não provido.
> (AgRg no REsp 1185920/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/02/2011, DJe 21/02/2011)

Em consonância com o posicionamento esposado acima, esta E. Corte de Justiça têm corroborado, asseverando a impossibilidade de deferimento da antecipação de tutela sem o prévio depósito, de pelo menos, o valor tido como incontroverso.

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MEDIDA CAUTELAR INCIDENTAL. INSCRIÇÃO EM CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE DEPÓSITO DO VALOR INCONTROVERSO. MANUTENÇÃO DA NEGATIVAÇÃO. PRECEDENTES. INVERSÃO DA SUCUMBÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA e PROVIDA. 1. **A jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça entende que a simples interposição de demanda questionando o débito cobrado, por si só, não tem o condão de excluir o nome do devedor do rol dos maus pagadores**. 2. Exige-se, ainda, que fique efetivamente demonstrado que a contestação da cobrança, reputada indevida, possua lastro jurídico no bom direito e tenha fundamento em jurisprudência sedimentada dos Tribunais Superiores e que, sendo a contestação apenas de parte do débito, haja depósito do valor referente à parte tida por incontroversa ou a prestação de caução idônea. 3 . Apelação conhecida e provida. (Apelação 44474124200080600000: Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 11/10/2011)

> Ementa: Agravo de Instrumento. Ação Revisional com Pedido de Antecipação de Tutela - para depositar em juízo os valores ofertados na planilha de cálculos e para impedir a inscrição de seus nomes nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito. Pensamento do STJ pela possibilidade, desde que atendidas três condições, cumulativamente, "a) que haja ação proposta pelo devedor contestando a existência integral ou parcial do débito; b) que haja efetiva demonstração de que a contestação da cobrança indevida se funda na aparência do bom direito e em jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça; c) que, sendo a contestação apenas de parte do débito, deposite o valor referente à parte tida por incontroversa, ou preste caução idônea, ao prudente arbítrio do magistrado", no caso parcialmente presentes.[...] 2. O **simples ajuizamento de ação revisional, não é e nunca foi, a meu ver, pressuposto para deferir**

> **o pedido de manutenção na posse do bem e, motivo para impedir a inscrição do nome do devedor nos cadastros dos órgãos de proteção ao crédito**. Sempre foi esta a minha posição, desde quando assumi a 31ª Vara Cível desta capital, no ano de 1994, porque entendia, sem antes analisar a possível presença de cobrança excessiva, que era preciso o depósito do valor incontroverso, embora não fosse este, à época, o pensamento do STJ. [...]. (Agravo de Instrumento 2453260200480600000; Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 20/10/2011).

Inexistindo os requisitos da antecipação da tutela, não se deve afastar os efeitos da mora e, consequentemente, não pode o credor ser coibido de tomar as providências cabíveis, sejam elas extrajudiciais (inscrição do nome da devedora nos órgãos de proteção ao crédito) ou judiciais (propositura de ação) em defesa de seu direito.

Diante dessas circunstâncias, conclui-se que o deferimento da tutela foi precipitado e realizado à revelia dos ensinamentos mais abalizados da jurisprudência.

Com arrimo nas razões acima expendidas, e em consonância com a jurisprudência invocada, conheço do presente Agravo de Instrumento, para dar-lhe provimento, permitindo a exigibilidade da dívida, bem como das garantias apresentada, assim como a inclusão ou a manutenção do nome do agravado, o Sr. José Roberto de Oliveira Junior, nos órgãos de proteção ao crédito até a consignação dos valores incontroversos.

É como voto.

Fortaleza, 5 de setembro de 2012.

AGRAVO DE INSTRUMENTO: Nº 24476-51.2009.8.06.0000/0
SPROC N° 2009.0030.5689-3/0
ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE MARACANAÚ
AGRAVANTE: JOÃO DE BARRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO PROVISÓRIA NA POSSE DO ENTE PÚBLICO MOTIVADA POR QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. ADMISSIBILIDADE. DEPÓSITO PRÉVIO EFETIVADO. QUESTIONAMENTO SOBRE O VALOR INDENIZATÓRIO SEM DEFINIÇÃO NO JUÍZO DE PISO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA CONFIGURADA. PERÍCIA JUDICIAL. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUÍZO *A QUO*. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, com espeque no art. 557 do CPC c/c art. 33, XVIII do RITJ/CE.

1. Em processo de desapropriação, assiste ao ente público o direito de ser emitido provisoriamente na posse, mediante o prévio depósito do preço e a demonstração da urgência.

2. Cabe ao juízo de primeiro grau definir o valor justo da indenização, sendo defeso ao Tribunal sobre ele se manifestar antes da sentença sob pena de supressão de instância e ofensa ao postulado do devido processo legal. Procedimento disciplinado pelo Decreto-Lei n° 3.365/41.

3. Se, durante o trâmite do recurso houver perda do objeto, ainda que parcial, o reconhecimento da prejudicialidade é medida que se impõe.

4. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO EM PARTE E IMPROVIDO. PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, com espeque no art. 557 do CPC c/c art. 33, XVIII do RITJ/CE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, CONHECER EM PARTE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, RESTANDO PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por JOÃO DE BARRO

EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, irresignada contra decisões do juízo *a quo* em ação de desapropriação de n° 2258-66.2009.8.06.0117/0 (SPROC n° 2009.0011.4263-6/0) autorada pelo ESTADO DO CEARÁ.

O inconformismo do agravante está consubstanciado no deferimento da imissão provisória na posse em favor do agravado, alegando que a avaliação prévia fora feita unilateralmente pelo ente público, quando deveria tal procedimento preliminar ser realizado por perito judicial e assim, agindo o Estado do Ceará atribuiu preço vil ao imóvel expropriado.

O agravante formulou pedido de efeito suspensivo (antecipação de tutela), com declaração de que o valor da desapropriação apresentado pelo Estado é vil; a suspensão da imissão provisória na posse do Estado; e que, após perícia oficial, e encontrando valor justo, seja determinado que o Estado deposite a diferença em dinheiro.

A decisão de origem atacada (fl. 150) foi assim proferida:

> "Trata-se de ação de desapropriação promovida pelo ESTADO DO CEARÁ em face de JOÃO DE BARRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA, FRANCISCO CARDOSO LINHARES e sua mulher MARIA TEREZA PIERRE LINHARES, nos termos da inicial de fls. 02/06 e documentos.
> A exordial encontra-se em seu regular plano formal, notadamente no que se refere aos documentos especificados no artigo 13 do Decreto-Lei n° 3.365, de 21/06/1941 – fls. ___/___, do autos.
> Nos termos do art. 15 do Decreto-Lei n° 3.365, de 21/06/1941, determino a IMISSÃO PROVISÓRIA do expropriante NA POSSE do dos bens descritos e caracterizados na exordial.
> Nomeio perito o engenheiro civil, HERSON PEDIGÃO MOREIRA, para proceder a avaliação dos bens objeto da despropriação – art. 14, do Decreto-Lei n° 3.365, de 21/06/1941, devendo o mesmo ser intimado para prestar o compromisso legal, e apresentar o laudo de avaliação no prazo de vinte (20) dias, contados da data da sua intimação; intime-se as partes para indicarem assistentes técnicos – parágrafo único do art. 14, do Decreto-Lei n° 3.365/41.
> Expeça-se o respectivo mandado de imissão de posse.
> **CITEM-SE** os expropriados através de mandado – art. 16 do Decreto-Lei n° 3.365, de 21/06/1941.
> Expedientes necessários.
> Maracanaú-CE, 21 de julho de 2009.
> Antônio Jurandir Porto Rosa Junior
> Juiz de Direito Titular da 2ª Vara de Maracanaú-Ce."

Em decisão liminar, o então relator, Des. Celso Albuquerque Macêdo, concedeu o efeito suspensivo às fls. 177/184, termos seguintes:

> "Diante de todo o exposto, conheço do agravo de instrumento, vez que a situação fática *sub oculi* revela complexidade ímpar, com desdobamentos financeiros e contratuais de relevada monta, restando caracterizada

> a urgência na apreciação do pleito, pelo que DEFIRO à agravante a suspensividade requerida, por entender que à imissão previa na posse do bem desapropriando, *initio litis*, deve anteceder depósito lastreado em laudo pericial judicial, conforme ordena o *caput*, do art. 15, do Decreto-Lei N° 3.365/41, ao prescrever '*...e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, ...'*, que prevê a avaliação por terceiro (oficial de justiça ou *expert*), suspendendo, imediatamente, os efeitos da decisão agravada no tocante à imissão provisória na posse do expropriante, até ulterior pronunciamento desta Câmara.
> Ciência imediata desta decisão ao JUÍZO DA 2ª VARA DA COMARCA DE MARACANAÚ-CE, inclusive por fax, requisitando-lhe, inclusive, as informações, nos termos e no prazo do inciso IV, do art. 527, do CPC.
> Em sequência, intime-se o agravado (ESTADO DO CEARÁ), na conformidade do inciso V, do art. 527, do CPC, para responder o presente agravo.
> Por fim, por entender que a causa comporta notório interesse público (que sobreleva, inclusive o da Fazenda), determino a oitiva da Ministério Público Estadual, através da Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do art. 527, VI, do CPC, para que se pronuncie no prazo de 10 (dez) dias.
> EXPEDIENTES NECESSÁRIOS E URGENTES.
> Ultimadas tais providências, voltem-me os autos conclusos.
> Fortaleza, 22 de outubro de 2009.
> CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO
> Desembargador-Relator."

Contrarrazões ao agravo pelo Estado do Ceará estão postas às fls. 186/188.

Irresignado com a decisão liminar acima destacada, o agravado interpôs Agravo Regimental, cuja petição repousa às fls. 190/197, com o fito de reconsideração, alegando que o perigo *"misterioso" "sequer foi alegado pela parte*", que a avaliação do bem poder ser feita sem percalços, e que há prejuízo a concessão da posse ao ente Estatal.

As informações do magistrado de piso repousam às fls. 200.

Petição do Estado do Ceará com documentação a ela acostada (fls. 201/210), dão conta do depósito da indenização.

Oposição ao Agravo Regimental repousa às fls. 220/224, propugnando pelo não acolhimento do recurso, utilizando-se dos mesmos argumentos e fundamentos da inicial do Agravo de Instrumento.

Intimado à manifestação, o douto representante do Ministério Público acorreu ao autos com parecer no seguinte teor:

> "ISSO POSTO,
> Ante as razões de fato e de direito acima expendidas, o Procurador de Justiça, infrafirmado, opina pelo não conhecimento do recurso de agravo regimental interposto pelo Estado do Ceará.
> No que concerne ao agravo de instrumento, manejado por João de Barro Empreendimentos Imobiliários Ltda., deve o recurso ser conhecido e

> improvido, mantendo incólume a douta decisão recorrida, que encontra previsão na legislação pertinente e apoio na jurisprudência do STJ e STF.
> É o parecer.
> Fortaleza, 15 de outubro de 2010.
> Oscar d'Alva e Souza Filho
> Procurador de Justiça – MP/CE 090"

Às fls. 245/250, consta telegrama oriundo do STJ, com decisão do Presidente em PROCESSO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA N°1248/CE, que revogou a decisão liminar do Relator Des. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO, *in verbis*:

> "ANTE O EXPOSTO, DEFIRO O PEDIDO PARA SUSPENDER A DECISÃO DO RELATOR DO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2009.0030.5689-3/0 – TJCE (NÚMERO ÚNICO 24476-51.2009.8.06.0000), QUE CONFERIU EFEITO SUSPENSIVO AO MENCIONADO RECURSO. COMUNIQUE-SE AO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E AO JUIZ DE DIREITO DA 2/A VARA CIVIL DA COMARCA DE MARACANAÚ-CE. PUBLIQUE-SE. BRASÍLIA, 24 DE JUNHO DE 2010. MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA – PRESIDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.
> Postado via INTERNET, em 29/06/2010 às 19:41."

Às fls. 252/253, dentre outras providências, o Des. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO, determinou o imediato cumprimento da decisão do STJ, destacada acima, em vista da urgência, cientificando as partes e ao juiz da causa principal através de fax.

Novas informações do juízo de piso, dando conta da imissão na posse em favor do Estado do Ceará às fls.262/264 (cópias do "*Auto de Imissão Provisória de Posse e Depósito"* e "*Mandado de Imissão de Posse"*).

É o relatório.

Incluído o feito em pauta de julgamento.

VOTO

Visa o agravo de instrumento a contrapor decisão interlocutória exarada em processo de desapropriação autorado pelo Estado do Ceará, aqui agravado, em desfavor da empresa JOÃO DE BARRO EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

A pretensão do agravo de instrumento, contempla: a) questionamento da avaliação prévia unilateral feita pelo Estado do Ceará; b) necessidade de perícia prévia judicial com o depósito do valor encontrado para a concessão da imissão provisória na posse ao ente público; e c) decretação desta Corte de que o preço indenizatório encontrado pelo agravado é vil.

Ao ser decretado pelo ente público que o imóvel objeto da desapropriação é de utilidade pública (art. 6° do Decreto-Lei n° 3.365/41), o procedimento adotado é aquele previsto nos arts. 11 e seguintes desta norma regulamentadora.

Constata-se dos autos avaliação prévia do Estado do Ceará, com depósito do valor na integralidade, conforme cópias dos recibos bancários (fls. 139/140), a ensejar imissão provisória na posse definida na origem em favor do ente público, por obediência ao disposto no art. 15, § 1°, do Decreto-Lei n° 3.365/1941, *in verbis*:

> "Art. 15. Se o expropriante alegar urgência e depositar quantia arbitrada de conformidade com o art. 685 do Código de Processo Civil, o juiz mandará imití-lo provisoriamente na posse dos bens;
>
> § 1º A imissão provisória poderá ser feita, independente da citação do réu, mediante o depósito"

Destaque-se que a liminar concedida pelo então Des. Celso Albuquerque Macêdo (fls. 177/184), de suspensão da decisão agravada, foi revogada por decisão do Presidente do STJ (fls. 245/250) no Processo de Suspensão de Liminar e de Sentença de n° 1248/CE (2010/0097342-5), restabelecendo assim a imissão na posse ao Estado do Ceará, deferida pelo juízo de origem, e concretizada como se vê às fls. 263/265. Desta decisão do STJ, o expropriado agravou regimentalmente tendo sucumbido, consoante ementa do acórdão, *in verbis*: "Processo: AgRg na SLS 1248 / CE

> AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA: 2010/0097342-5
> Relator(a): Ministro PRESIDENTE DO STJ (1)
> Relator(a) p/ Acórdão: Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)
> Órgão Julgador: CE - CORTE ESPECIAL
> Data do Julgamento: 01/09/2010
> Data da Publicação/Fonte: DJe 14/09/2010
> Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR E DE SENTENÇA. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. IMISSÃO NA POSSE. FORMA DE CALCULAR O VALOR DA INDENIZAÇÃO. CONSTRUÇÃO DE UMA POLICLÍNICA.
> – Razões recursais que não afastam a possibilidade de grave lesão à saúde pública, sobretudo em relação à população mais carente, devendo ser mantido o acolhimento da suspensão.
> – As questões relacionadas à legalidade da decisão de segundo grau, trazidas pela agravante, constituem temas jurídicos de mérito, os quais ultrapassam os limites traçados para a suspensão de liminar, de sentença ou de segurança, cujo objetivo é afastar a concreta possibilidade de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas. A via da suspensão, como é cediço, não substitui os recursos processuais adequados.
> Agravo regimental improvido.
> Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de

> Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Nancy Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki, Castro Meira e Arnaldo Esteves Lima votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Francisco Falcão e João Otávio de Noronha.
>
> Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Ari Pargendler."

Assim, restando a suspensividade deferida nesta instância revogada pelo STJ, subsistindo, consequentemente, a decisão do juízo de origem devidamente cumprida (fls. 263/265), sobeja ultrapassada tal matéria, posto que não há notícia de irresignação recursal.

No que ser relaciona à perícia judicial, resta comprovado pelas informações do magistrado *a quo*, que fora realizado e juntado o respectivo laudo aos autos, conforme fls. 273/274, em fase de manifestação das partes.

Com efeito, resulta prejudicado o pedido de realização de perícia judicial para a concessão de imissão provisória na posse. Primeiro, porque a imissão fora confirmada pelo STJ. Segundo, porque efetivada a perícia requestada. Frise-se que a legislação regulamentadora e a jurisprudência dominante atinentes ao caso, apontam a desnecessidade da perícia judicial quando a desapropriação for urgente por declaração de utilidade pública.

Como ocorreu no juízo *primevo,* o expropriante agravado alegou ser o imóvel de utilidade público e de urgência a desapropriação, o que foi acolhido pelo magistrado, sendo legítima a concessão e concretização da imissão provisória na posse em prol do ente Estatal, com a efetivação do depósito prévio, o que invalida os dois primeiros pontos do agravo de instrumento *sub examine*.

De outra sorte, sem a definição do valor da indenização por sentença, defeso é ao juízo *ad quem* manifestar-se sobre o *quantum* indenizatório, por caracterizar supressão de instância.

Registre-se que o valor indicado pelo expropriante tem caráter provisório a ensejar o depósito prévio da expropriação autorizado na lei pertinente, não significando preço definitivo, o qual será encontrado por perito do juízo e consolidado em sentença.

Com efeito, o livre convencimento do magistrado tem apoio no laudo pericial oficial para fundamentar sua decisão. Eis o que assevera a respeito acórdão deste Tribunal, *in verbis*:

> Reexame Necessário 4772541200380600000
> Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 5ª Câmara Cível
> Data de registro: 27/10/2010

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. DIREITO CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO POR INTERESSE PÚBLICO. PERÍCIA OFICIAL. DESAPROPRIAÇÃO. JUSTO PREÇO. LAUDO PERICIAL. MÉTODO COMPARATIVO.

1. O juiz não pode desprezar, em ação de desapropriação por utilidade pública, a perícia para fixar o valor da indenização, principalmente se não foram produzidas provas contrapostas capazes de modificá-la. Precedentes.

2. A avaliação do imóvel objeto da presente desapropriação para a fixação da justa indenização, utilizando método comparativo, onde foi determinado o valor baseando-se na comparação direta com outros imóveis ofertados ou transacionados no mercado, é aquele que melhor atende ao dever constitucional da justa indenização, ainda que venha a resultar em valor de grande monta.

3. Nas ações de desapropriação em que divergem as partes quanto ao preço justo da indenização, o conhecimento técnico a ser consignado em laudo pericial é o critério orientador para o juiz na fixação do quantum indenizatório.

4. Recurso conhecido e improvido. Sentença confirmada.

Portanto, o pedido para que este Tribunal determine a ilegalidade do valor indenizatório encontrado pelo ente público, sem haver o juízo *primevo* sentenciado a respeito, não encontra fundamento no *Codex* Processual Civil, devendo ser observado o princípio processual do duplo grau de jurisdição.

Sobre a questão, destacam-se os arestos do TJ de Minias Gerais e do STJ, *in verbis*:

Número do processo: 1.0024.01.036917-1/001(1)
Numeração Única: 0369171-28.2001.8.13.0024
Relator: Des.(a) PEDRO BERNARDES
Relator do Acórdão: Des.(a) PEDRO BERNARDES
Data do Julgamento: 15/12/2009
Data da Publicação: 01/02/2010

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. QUESTÕES DEVOLVIDAS AINDA NÃO DECIDIDAS EM PRIMEIRA INSTÂNCIA - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA - IMPOSSIBILIDADE - CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO. AÇÃO COMINATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE DE SER CUMPRIDA A OBRIGAÇÃO DE FAZER - OPÇÃO DO CREDOR PELAS PERDAS E DANOS - LIQUIDAÇÃO - INTIMAÇÃO PESSOAL DO ADVOGADO - DECISÃO EM CONSONÂNCIA COM O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1- Não cabe ao órgão de 2º grau de jurisdição decidir questões que não tenham sido alvo de apreciação pela instância originária, não permitindo a lei a possibilidade de supressão de instância.

2-Nos termos do artigo 633, do CPC, ao credor é facultado optar por haver perdas e danos do devedor quando a obrigação de fazer a que este foi condenado não puder ser cumprida, não havendo, quando isto ocorre, qualquer violação ao título executivo ou a coisa julgada.

3- O §1º, do artigo 475-A, do CPC, determina que o advogado do devedor seja intimado pessoalmente do procedimento de liquidação de sentença para apuração das perdas e danos.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N° 1.0024.01.036917-1/001 - COMARCA DE BELO HORIZONTE - AGRAVANTE(S): ERNESTO PASSOS DE ANDRADE E OUTRO(A)(S) - AGRAVADO(A)(S): MAURO LUCIO SASDELLI EM CAUSA PRÓPRIA - RELATOR: EXMO. SR. DES. PEDRO BERNARDES
ACÓRDÃO: Vistos etc., acorda, em Turma, a 9ª CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, **EM REJEITAR PRELIMINAR E, DE OFÍCIO, CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO E NEGAR-LHE PROVIMENTO**.
Belo Horizonte, 15 de dezembro de 2009.
DES. PEDRO BERNARDES - Relator

Processo: AgRg no AgRg no Ag 727101 / MA
AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO: 2005/0202564-0
Relator(a): Ministro HERMAN BENJAMIN (1132)
Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA
Data do Julgamento: 17/04/2007
Data da Publicação/Fonte: DJe 23/10/2008
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO, ORIGINÁRIO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO EM MEDIDA CAUTELAR QUE DETERMINOU O BLOQUEIO DE VALORES OBJETO DA INDENIZAÇÃO, INCLUINDO OS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS, SOB O FUNDAMENTO DE SUPER-AVALIAÇÃO DO IMÓVEL DESAPROPRIADO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 535, INCISO II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE.
1. Hipótese em que o Recurso Especial, cujo trânsito foi negado, ataca acórdão do Tribunal Regional que reconheceu a ineficácia da decisão liminar de 1º Grau em relação ao Agravante, porque este não era parte na Medida Cautelar que determinou o bloqueio de valores de indenização pela desapropriação de imóvel, incluindo os honorários do Agravante (advogado do expropriado). Também reconheceu que o Agravante não poderia efetuar o levantamento dos honorários, tendo em vista que o Ministério Público já havia obtido liminar (bloqueadora dos honorários) em outra Medida Cautelar, proposta especificamente contra o Agravante.
2. Pretensão recursal alicerçada na alegação de que não houve super-avaliação do imóvel desapropriado (fundamento que ensejou

> a concessão das liminares nos processos cautelares), o que causaria perda do objeto do segundo processo cautelar, possibilitando efetuar-se o levantamento do valor relativo aos honorários de sucumbência.
> 3. Não subsiste a pretendida ofensa ao art 535, inciso II, do Código de Processo Civil, ao argumento de negativa de prestação jurisdicional, porquanto verifica-se que a Corte local solucionou a questão controvertida de maneira clara, coerente e nos limites da lide, apresentando todas as razões que firmaram o seu convencimento.
> 4. Ademais, não é compatível com o devido processo legal, sob pena de supressão de instâncias, o acolhimento de pleito que provoque verdadeira decisão "per saltum", com a projeção de decisão de mérito (alheia aos limites da lide), sobre outro processo.
> 5. Agravo Regimental não provido.
> Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Eliana Calmon, João Otávio de Noronha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Nestas condições, conheço em parte do Agravo de Instrumento e nesta parte decido pelo seu improvimento, confirmando a imissão provisória na posse, respaldada inclusive pelo SJT, ao Estado do Ceará, como demonstrado acima, e em face do depósito realizado; restando prejudicado o pedido de realização de perícia oficial porque concretizada na origem, não conhecendo da matéria relativa ao pedido de declaração de preço vil apresentado pelo ente público, ante à falta de manifestação do juízo a quo.

Em consequência, resta confirmada a revogação da liminar de suspensividade concedida pela Des. Celso Albuquerque Macêdo (fls. 177/184).

ISTO POSTO, lastreado na fundamentação supra, CONHEÇO DO RECURSO EM PARTE E NEGO-LHE PROVIMENTO, SOBEJANDO PREJUDICADO O AGRAVO REGIMENTAL, com espeque no art. 557 do CPC c/c art. 33, XVIII do RITJ/CE.

É como voto.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012.

Agravo de Instrumento nº 27443-69.2009.8.06.0000/0
Agravante: Companhia Energética do Ceará - COELCE
Agravado: Fernando Régis Bastos de Oliveira
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. RELIGAÇÃO DE UNIDADE CONSUMIDORA DE ENERGIA ELÉTRICA. NEGATIVA FUNDAMENTADA NA EXISTÊNCIA DE DÉBITOS. DEMONSTRAÇÃO DE QUE PARTE DA DÍVIDA É PRETÉRITA À FORMALIZAÇÃO DE CONTRATO DE LOCAÇÃO COM O AGRAVADO, RESTANDO, AINDA, NÃO ADIMPLIDAS VÁRIAS FATURAS DE CONSUMO MENSAL DURANTE O INTERREGNO LOCATÍCIO POSTERIOR E ATRIBUÍDO AO NOVEL CONSUMIDOR. NECESSIDADE DO PAGAMENTO DAS CONTAS DE FORNECIMENTO DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL VENCIDAS A PARTIR DO MOMENTO EM QUE PASSARAM A SER DE RESPONSABILIDADE DO ATUAL LOCATÁRIO, INDEPENDENTEMENTE DA INEXISTÊNCIA DE MODIFICAÇÃO, POR ATO VOLUNTÁRIO PRÓPRIO DO AUTOR/LOCATÁRIO, DA TITULARIDADE PERANTE A COELCE. EXCLUSÃO DA INCIDÊNCIA DA NORMA ÍNSITA NO ART. 4º, §2º, DA RESOLUÇÃO Nº 456/2000 DA ANEEL. PRESENÇA PARCIAL DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.

I – A existência de dívida pretérita, portanto, já consolidada, e atribuída ao antigo locador do imóvel não justifica a suspensão do fornecimento de energia elétrica, nem á religação da unidade consumidora.

II – Restou demonstrado que o total da dívida se encontra em nome da sociedade empresarial que não mais é locatária do imóvel, embora a partir de 01 de março de 2008, o bem comercial tenha passado à posse locatícia do agravado e que, mesmo com a obrigação legal e contratual de adimplir as faturas decorrentes do fornecimento de energia elétrica, deixou de cumprir com a sua obrigação.

III – O art. 4º, §2º, da Resolução nº 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), prevê que "A concessionária não poderá condicionar a ligação de unidade consumidora ao pagamento de débito pendente em nome de terceiros".

IV – Existe a verossimilhança das alegações autorais para autorizar

a religação da unidade consumidora de força do imóvel, mediante caução fidejussória, apenas em relação à parte da dívida que é de responsabilidade de terceiro e limitado ao dia 28 de fevereiro de 2008, sendo devido o pagamento diretamente à concessionária ou por meio de depósito judicial em dinheiro, com os acréscimos decorrentes da mora, do montante apurado após o início da relação locatícia com o recorrido, ou seja, a partir de 01 de março de 2008, quando a obrigação passou a ser de sua atribuição, mesmo que, por ato omissivo próprio, não tenha trocado a titularidade perante a COELCE, condição esta que se impõe para a manutenção do *decisum a quo*.
Agravo conhecido e provido em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos do agravo de instrumento nº 27443-69.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer e prover em parte o recurso, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de agravo de instrumento ajuizado contra decisão proferida pelo MM Juiz da 12ª Vara Cível da comarca de Fortaleza que, na ação ordinária nº 2009.0013.9399-0, deferiu o pedido de tutela antecipada para determinar que a agravante se abstivesse de cortar o fornecimento de energia do recorrido.

Alega o agravante, em síntese, o seguinte: a) o corte no fornecimento de energia é medida que pode ser realizada sem ferir o princípio da continuidade do serviço público e este é o entendimento tanto do STF como do STJ, conforme diversas jurisprudências que colaciona nos autos; b) não se verificam os requisitos autorizadores da concessão da tutela antecipada porque é fato incontroverso que o ocorrido está inadimplente e, por esta razão, quem realmente está sendo prejudicada é a COELCE; c) que é impossível a ligação e transferência de titularidade com a liberação do débito, sendo que é de total responsabilidade do agravado a dívida pendente; d) o comportamento do recorrido indica claramente que pretende se utilizar da Justiça para deixar de realizar os pagamentos devidos, beneficiando-se, contudo, do serviço prestado, o que caracteriza enriquecimento ilícito; e) é legal a interrupção dos serviços, visto que a legislação

pertinente à matéria, oferece poderes à concessionária para assim desta forma agir em face de inadimplemento do consumidor.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, e no mérito, o provimento do presente recurso. A petição recursal foi instruída com os documentos de fls. 21/120 e com o comprovante do preparo (fls. 121/122).

Por meio da decisão de fls. 127/128 o pretendido efeito suspensivo foi denegado.

Contraminuta às fls. 133 a 137. As informações requisitadas não foram apresentadas (fl. 141).

É o relatório.

VOTO

Recurso cabível e tempestivo.

Cuida-se de agravo de instrumento tirado contra interlocutória que deferiu o pedido de antecipação da tutela jurisdicional para o fim de determinar à agravante que procedesse à imediata religação da unidade consumidora de energia elétrica do ponto comercial do ora recorrido, condicionando o cumprimento da obrigação de fazer à prestação de caução fidejussória que contemple o total do débito atribuído a terceiro e era anterior à solicitação da parte.

O serviço de fornecimento de energia elétrica possui natureza essencial, estando regido pela lei de concessões, cujo artigo 6º, §3º, inciso II, da Lei nº 8.987/1995 disciplina a matéria, *verbis:*

> Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.
>
> § 3º. Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
> II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

O motivo da suspensão do fornecimento de força foi a existência de débitos pretéritos da unidade consumidora do agravado e registrados em nome de terceiro e que era o anterior locador do imóvel que ocasionou o débito pretérito.

Tal fato não configura motivo hábil à suspensão do serviço público delegado, nos termos do art. 4º da Resolução nº 456/2000 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), que rege a matéria em foco:

> Art. 4º. A concessionária poderá condicionar a ligação, religação, alterações contratuais, aumento de carga ou contratação de fornecimentos especiais, solicitados por quem tenha quaisquer débitos no mesmo ou em outro local de sua área de concessão, à quitação dos referidos débitos.

> § 1º. A concessionária não poderá condicionar a ligação de unidade consumidora ao pagamento de débito que não seja decorrente de fato originado pela prestação do serviço público de energia elétrica ou não autorizado pelo consumidor, no mesmo ou em outro local de sua área de concessão, exceto nos casos de sucessão comercial.
>
> §2º. A concessionária não poderá condicionar a ligação de unidade consumidora ao pagamento de débito pendente em nome de terceiros.

Os documentos carreados aos fólios indicam que o recorrido locou o imóvel objeto da unidade consumidora de energia elétrica em 01/03/2008 (fls. 54/56), mas a agravante, durante o exercício locatício efetivou o corte do fornecimento de energia elétrica em face de débitos pretéritos existentes em nome da anterior locatária (Remar Comércio Derivados de Petróleo Ltda) e, quando a agravada solicitou a religação da entrega de força tal pedido foi negado pela COELCE sob o argumento da existência de débitos pretéritos.

A recorrida atribui os débitos anteriores ao contrato de locação à empresa Remar Comércio Derivados de Petróleo Ltda, na qualidade de antiga locatária do imóvel onde se encontra localizada a unidade consumidora de força.

Entretanto, não se pode deixar de perceber, no rol de documentos facultativos que instruem o presente recurso e sobre o qual o agravado teve a oportunidade de exercitar o seu fundamental direito à ampla defesa com a apresentação da resposta, que embora o instrumento contratual de locação contemple que o prazo de vigência da locação em favor do autor, ora recorrido, tem como início o dia 01/03/2008, a consolidação da dívida em nome de terceiros (Remar Comércio Derivados de Petróleo Ltda) persiste até o mês de abril de 2009 sem qualquer pagamento pela contraprestação ao serviço público essencial.

Se, como afirma o agravado, o pagamento das faturas de consumo de energia elétrica passou a ser de sua responsabilidade a partir do dia 01/03/2008, não se justifica que os débitos mensais se acumulassem mês a mês até abril do ano subsequente, ocasião na qual ocorreu o corte do fornecimento.

Nesta linha de raciocínio, há de se considerar existente a verossimilhança do direito à religação do fornecimento de energia elétrica da nomeada unidade consumidora pela exclusão dos débitos verificados até o dia 28 de fevereiro de 2008, dia anterior à vigência do instrumento locatício firmado pelo agravado, sendo devida a manutenção da caução fidejussória prestada como garantia dos pagamentos pretéritos; e, quanto aos débitos originados a partir do dia 01 de março de 2008, de responsabilidade do agravado e cuja troca de titularidade perante a COELCE não foi providenciada não se sabe por qual motivo, tenho que deve ser quitada, mediante pagamento direto à concessionária do serviço público essencial ou depósito judicial que contemple, ainda, os acessórios da mora, para fins de manutenção da interlocutória guerreada.

Por este motivo, entendo que a negativa de ligação de energia elétrica em favor da unidade consumidora não encontra respaldo legal somente quanto aos débitos anteriores à vigência do contrato de locação firmado com o recorrido, não podendo, os débitos em atraso, atribuídos a terceiros, servir de motivação ao ato combatido na lide principal.

A jurisprudência do STJ admite a suspensão do fornecimento do serviço público, inadmitindo-a, todavia, em outras hipóteses:

> **AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ENERGIA ELÉTRICA. CPFL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. DÉBITOS ANTIGOS DE USUÁRIO ANTERIOR. IMPOSSIBILIDADE. ARTIGO 6º, PARÁGRAFO 3º, INCISO II, DA LEI Nº 8.987/95. COBRANÇA. EFETIVO CONSUMIDOR DO SERVIÇO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁCTICA.**
> **1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacífico de que não configura descontinuidade da prestação do serviço público a interrupção do fornecimento de energia elétrica após a prévia comunicação ao consumidor inadimplente. Precedentes.**
> **2. As Turmas da Primeira Seção desta Corte Superior de Justiça firmaram sua jurisprudência em que o atual usuário do sistema de água não pode ser responsabilizado pelo pagamento de débitos pretéritos realizados pelo usuário anterior. Precedentes.**
> **3. A falta de similitude fáctica entre os acórdãos recorrido e paradigma exclui a alegação de divergência jurisprudencial.**
> **4. Agravo regimental improvido. (AgRg nos EDcl no Ag 1155026/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 22/04/2010)**

> **AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC. RECORRENTE QUE NÃO DEFINE EM QUE CONSISTE A OMISSÃO. SÚMULA Nº 284/STF. ARTIGO 458 DO CPC. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NO ACÓRDÃO. INOCORRÊNCIA. INSTALAÇÃO DE HIDRÔMETRO. INEXEQUIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA Nº 7/STJ. SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. INTERRUPÇÃO. INCABIMENTO NO CASO DE DÍVIDAS PRETÉRITAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.**
> 1. Por força legal, a divergência jurisprudencial, autorizativa do recurso especial interposto com fundamento na alínea "c" do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, requisita comprovação e demonstração, esta, em qualquer caso, com a transcrição dos trechos dos acórdãos que configurem o dissídio, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, não se oferecendo, como bastante, a simples transcrição de ementas ou trechos de votos.
> 2. Em tema de violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, a não indicação expressa das questões apontadas como omitidas vicia a motivação

do recurso especial, inviabilizando o seu conhecimento. Incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
3. Inexiste a violação do artigo 458 do Código de Processo Civil se o acórdão, embora sucintamente, mostra motivação suficiente, abrangendo a matéria que lhe era própria, de modo a permitir a exata compreensão da controvérsia, sendo certo que a apreciação de modo contrário ao interesse da parte não configura ausência de fundamentação.
4. Reconhecido no acórdão impugnado que a recorrente não logrou êxito em comprovar a inexequibilidade da instalação do hidrômetro, a afirmação em sentido contrário, a motivar insurgência especial, requisita exame do acervo fáctico-probatório, vedado na instância excepcional.
5. É firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido da impossibilidade de suspensão de serviços essenciais, tais como o fornecimento de energia elétrica e água, em função da cobrança de débitos pretéritos.
6. Agravo regimental improvido. (AgRg no Ag 1207818/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, DJe 02/02/2010)

AGRAVO INTERNO. ENERGIA ELÉTRICA. DÉBITOS PRETÉRITOS. CORTE NO FORNECIMENTO. ESSENCIALIDADE DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. IMPROVIMENTO.
I - A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não há que se falar em corte no fornecimento de energia elétrica por débitos pretéritos, como forma de coação ao pagamento. Outrossim, dispõe a concessionária dos meios judiciais cabíveis para buscar o ressarcimento que entender pertinente. Precedentes.
II - Os arestos paradigmas colacionados tratam da possibilidade de corte no fornecimento de energia em caso de inadimplemento do consumidor, hipótese diversa da dos presentes autos, em que a recorrente busca justificar a legalidade da suspensão do serviço sob o fundamento de que houve fraude no medidor, constatada por perícia que sequer foi acompanhada pelo consumidor. Ausente, portanto, a similitude fática apta a configurar o dissídio.
III. Agravo Regimental improvido. (AgRg no REsp 793.285/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, DJe 13/05/2009)

MEDIDA CAUTELAR. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO FUMUS BONI IURIS E DO PERICULUM IN MORA. IMPROCEDÊNCIA DA MEDIDA CAUTELAR.
1. No tocante à pretensão de se destrancar o apelo retido, a presente medida cautelar já cumpriu a sua finalidade, na medida em que o Tribunal de origem, em cumprimento à decisão liminar, já procedeu ao prévio juízo de admissibilidade do recurso especial, afastando a aplicação da norma contida no art. 542, § 3º, do Código de Processo Civil. Nessa parte, portanto, a medida cautelar já perdeu o seu objeto.

2. A medida cautelar exige, para a sua concessão, necessariamente, a presença cumulativa dos requisitos de plausibilidade do direito invocado e do risco de dano irreparável (fumus boni iuris e periculum in mora). A ausência de quaisquer dos requisitos referidos obsta a pretensão de se conferir efeito suspensivo ao recurso especial.

3. Conquanto a Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 363.943/MG, tenha firmado orientação no sentido da possibilidade de se interromper o fornecimento de energia elétrica nos casos em que o consumidor, após aviso prévio, mantém-se inadimplente (art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95), é impossível reconhecer, na hipótese dos autos, o risco de dano irreparável, a justificar o corte imediato no fornecimento de energia elétrica, pois não ficou demonstrado que a continuidade do serviço em relação ao Município requerido, dentro de uma infinidade de outros usuários que pagam as suas contas em dia, implicará redução na capacidade da prestação e aprimoramento do serviço de utilidade pública em questão.

4. Ademais, o acórdão recorrido refere-se a débito antigo, inexistindo nos autos qualquer comprovação no sentido de que a situação de inadimplência permanece em relação às contas atuais. Em tal situação, o Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento de que não é lícito à concessionária interromper o serviço de fornecimento de energia elétrica por dívida pretérita, a título de recuperação de consumo, em face da existência de outros meios legítimos de cobrança de débitos antigos não pagos.

5. Medida cautelar improcedente. (MC 10897/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJe 20/11/2009)

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO DE ÁGUA. DÉBITOS DE CONSUMO DO ANTIGO PROPRIETÁRIO. DÍVIDA CONSOLIDADA. IMPOSSIBILIDADE.

1. Preliminarmente, é de se destacar que os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Lei Maior. Isso não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedente.

2. A questão resume-se à possibilidade ou não da suspensão do fornecimento de água em razão de débito de consumo gerado pelo antigo proprietário do imóvel.

3. No caso, independentemente da natureza da obrigação (se pessoal ou propter rem), não cabe a suspensão do fornecimento de água por se tratar de débito consolidado. Ou seja, o novo proprietário do imóvel está sendo privado do fornecimento em razão de dívida pretérita do antigo morador, hipótese que não encontra albergue na jurisprudência do STJ.

4. Ambas as turmas da Primeira Seção concluíram que o art. 6º, § 3º, II, da Lei n. 8.987/95 refere-se ao inadimplemento do usuário, ou seja, do efetivo consumidor do serviço. Inviável, portanto, responsabilizar o atual usuário por débito pretérito relativo ao consumo de água do anterior.

> 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1107257/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 01/07/2009)

A interlocutória de primeiro grau merece parcial reforma a fim de que se contemple a necessidade de pagamento das contas de energia elétrica da unidade consumidora existente no imóvel locado a partir da vigência do prazo do instrumento contratual firmado pelo recorrido, com os acréscimos decorrentes da mora, mediante depósito judicial em dinheiro ou diretamente à concessionária do serviço público, por se tratar, inegavelmente, de consumo de força atribuído ao locatário, ora agravado, condição esta que se impõe para a manutenção da interlocutória que antecipou a tutela jurisdicional.

Diante do exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 47053-86.2010.8.06.0000/0
Agravante: Alex Lino Gonçalves Nocrato
Agravados: Real Leasing S/A – Arrendamento Mercantil
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: PROCESSO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. PROPOSIÇÃO DE DEPOSITAR, JUDICIALMENTE, O VALOR DAS PARCELAS APURADO EM CÁLCULO UNILATERAL NO QUAL FORAM APLICADOS JUROS SOBRE O PRINCIPAL DA DÍVIDA. PEDIDO DE ELIMINAÇÃO DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 7 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HIGIDEZ DA TAXA DE JUROS CONTRATADA. CONTRATO ASSINADO APÓS A MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.963-17, DE 30 DE MARÇO DE 2000. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO, NESTES PARTICULARES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 380 DO STJ.

– Ao propor a ação revisional de cláusulas de contrato de financiamento bancário o autor imputou como nula a capitalização de juros em período inferior a um ano, requerendo a eliminação, da evolução contratual, da capitalização mensal dos juros, enquanto tal hipótese é permitida após a vigência da Medida Provisória nº nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, e o instrumento obrigacional foi firmado no ano de 2007.

– Segundo vige a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal "a norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar".– A Súmula nº 380 do STJ determina que "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (Súmula 380, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 05/05/2009)".

– Portanto, não se configura a verossimilhança do direito postulado pelo autor para depositar judicialmente o valor das parcelas de acordo com planilha de cálculos por si apresentada, pois sobre o principal, nesta etapa inicial de cognição processual, deve incidir a taxa de juros contratada e a capitalização mensal dos juros.

- A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contatadas.

Agravo conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento

nº 47053-86.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Alex Lino Gonçalves Nocrato objetivando a reforma da interlocutória de fl. 15, proferida pela Juíza de Direito da 9ª Vara Cível desta comarca na ação ordinária nº 416839-44.2010.8.06.0001 e que determinou o depósito judicial das parcelas no valor efetivamente contratado como condição para continuar na posse do veículo objeto de cláusula de alienação fiduciária em garantia de contrato de financiamento.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* suscitado, em síntese, que o contrato firmado entre os litigantes é de adesão e contém cláusulas abusivas, que deixam de lado a vontade do consumidor e evidenciam o favorecimento desproporcional do fornecedor, fato este que implica em desigualdade plena entre os pactuantes. Postula pelo afastamento da configuração da mora em decorrência dos juros ilegais e da sua capitalização mensal.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 15/21.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Deneguei o efeito suspensivo e determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta, requisitando, ainda, informações ao Juiz da causa (fl. 29).

Informes às fls. 33/34. A contraminuta não foi apresentada (fl. 37).

É o relato.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A questão jurídica devolvida ao conhecimento no seio do agravo diz respeito à possibilidade de que a consignação judicial das parcelas vincendas decorrentes do contrato de financiamento celebrado entre as partes ocorra de acordo com o valor constante em planilha unilateralmente produzida pelo autor e presente às fls. 18/20.

Na inicial o ora recorrente pretende a exclusão do anatocismo e refuta a pactuação de juros acima do limite de doze por cento ao ano, pugnando pela aplicação da taxa de juros Selic.

Entretanto, a utilização de taxa de juros diversa da pactuada viola a Súmula Vinculante nº 7 do Supremo Tribunal Federal:

> A norma do §3º do artigo 192 da Constituição, revogada pela Emenda Constitucional nº 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicação condicionada à edição de lei complementar. (DJe nº 112, p. 1, em 20/6/2008, DOU de 20/6/2008, p. 1)

E a jurisprudência pátria entende que é possível a capitalização de juros em período inferior a um ano quando o contrato é posterior à Medida Provisória nº 1.963-17, de 30 de março de 2000, a qual, em seu art. 5º, prescreve: "nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, é admissível a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano".

No caso em comento, a agravante afirma que o contrato foi firmado no ano de 2008 permitindo, em tese, o pacto de capitalização de juros em período inferior a um ano.

Por este motivo, entendo que não se encontra presente a verossimilhança do direito ao depósito da quantia apurada em cálculo unilateralmente produzida pelo autor, sendo necessária a consignação judicial do valor da parcela prevista no instrumento obrigacional, considerando, ainda, que nos termos da Súmula nº 380 do STJ "a simples propositura da ação de revisão de contrato não inibe a caracterização da mora do autor (Súmula 380, SEGUNDA SEÇÃO, DJe 05/05/2009)".

A manutenção do bem objeto do litígio na posse do agravante, assim como a sua exclusão dos cadastros de proteção ao crédito dependem do depósito judicial do valor correspondente à integralidade das parcelas contatadas.

Isto posto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

Agravo de Instrumento nº 744-07.2010.8.06.0000/0
Agravante: Estado do Ceará
Agravado: Imperatriz Calçados Ltda
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL. INSCRIÇÃO DE SOCIEDADE EMPRESARIAL NO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DA SECRETARIA DA FAZENDA ESTADUAL. NEGATIVA POR CONSIDERAR, O FISCO, QUE A EXISTÊNCIA DE INSCRIÇÃO DOS SÓCIOS DA PESSOA JURÍDICA NA DÍVIDA ATIVA ESTADUAL CONSTITUI IMPEDIMENTO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 547 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRESENÇA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES, DO RISCO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO E DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA JUDICIAL.

I – Hipótese na qual a agravante alega que é lícita a negativa de inscrição da recorrida no Cadastro de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará sob o fundamento de que os seus sócios estão inscritos na Dívida Ativa estadual.

II – Segundo entendimento cristalizado na Súmula nº 547 do Supremo Tribunal Federal: "não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

III – O Estado do Ceará possui meios hábeis e democráticos, devidamente previstos na legislação fiscal e processual, para cobrar os seus tributos, não lhe sendo devido, por outro meio, impedir que a sociedade empresarial que exerce atos de mercancia exercite o seu objetivo comercial.

IV – Permanência da verossimilhança das alegações, aliada ao risco de dano irreparável ou de difícil reparação e à irreversibilidade da medida judicial.

Agravo conhecido, mas improvido

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 744-07.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas, acordam os excelentíssimo senhores Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do

Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso em referência, mas para lhe negar provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza-CE, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará objetivando a atribuição de efeito suspensivo à interlocutória de fls. 36/39, proferida pelo Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza em sede de mandado de segurança (processo nº 1399806-93.2009.8.06.0001/0), por meio da qual foi concedida medida liminar para determinar a inscrição da impetrante, ora agravada, no Cadastro Geral de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará.

O agravante afirma que sócios da impetrante estão inscritos na dívida ativa do Estado do Ceará e que o ato administrativo impetrado foi praticado com amparo no art. 94, II e IV, do Decreto estadual nº 24.569/1997, inexistindo pretensão de cobrança de tributo por via oblíqua ou sanção política.

Requesta a concessão de efeito suspensivo e, no mérito, o provimento do recurso para considerar hígida a decisão administrativa que negou a inscrição da ora recorrida em razão das dívidas para com o fisco estadual.

Juntou as cópias documentais de fls. 10/40.

Às fls. 45/46 indeferi a suspensividade postulada.

Contrarrazões às fls. 49/71.

Manifestação da d. PGJ opinando pela desnecessidade de intervenção do *Parquet* (fls. 76/81).

É o relato.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A controvérsia contida no caderno processual diz respeito à negativa do Fisco estadual em inscrever a agravante no Cadastro Geral de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará em face dos seus sócios estarem inscritos na Dívida Ativa estadual.

Em juízo de verossimilhança, entendo que a interlocutória guerreada não merece reparo, pois foi proferida em sintonia com a Súmula nº 547 do Supremo Tribunal Federal, não sendo "lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

A inscrição da pessoa jurídica que pratica atos de mercancia no Cadastro Geral de Contribuintes da Secretaria da Fazenda do Estado do Ceará constitui

um dos requisitos para que possa exercer os seus atos de comércio, constituindo, a negativa do Fisco, um sério reproche ao exercício das suas atividades profissionais.

Neste sentido, a jurisprudência deste egrégio Tribunal de Justiça:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. INSCRIÇÃO NO CGC DO ESTADO. EXIGÊNCIA DE REGULARIZAÇÃO DE SÓCIO DA EMPRESA POSTULANTE JUNTO AO FISCO ESTADUAL. PRÁTICA QUE OFENDE OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A ORDEM ECONÔMICA.
> (1) Consoante já remansoso entendimento dos tribunais superiores, inclusive do STF, constitui prática inconstitucional violadora dos princípios da ordem econômica o indeferimento de inscrição de nova empresa junto ao cadastro geral de contribuintes, a pretexto de existirem pendências tributárias em nome de um dos sócios, decorrentes de participação sua em outra empresa, ainda devedora do Fisco.
> (2) Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 1954-04.2008.8.06.0000/0, Rel. Des. José Arísio Lopes da Costa, Tribunal Pleno, DJ 09/03/2009)

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - RECUSA DE INSCRIÇÃO DE EMPRESA NO CGF - DÍVIDA TRIBUTÁRIA DO SÓCIO - OFENSA AO PRINCÍPIO DA LIVRE INICIATIVA.
> - É pacífico o entendimento de que o Fisco não pode aplicar sanções políticas (Súmulas 70, 323 e 547 do STF).
> - A jurisprudência dos pretórios inclina-se no sentido de que a negativa de inscrição de empresa no cadastro de contribuintes, ante a existência de dívida tributária por parte de sócio ou diretor, é medida arbitrária e malfere o princípio constitucional da livre iniciativa.
> - A Fazenda Estadual possui meios próprios a promover a cobrança de seus créditos tributários, sendo inadmissível obstaculizar o exercício da atividade da empresa-agravante, impedindo sua regularização, como forma oblíqua de obrigar o sócio ao pagamento de tributos.
> - Recurso conhecido e provido. *Nemine discrepante*. (Agravo de Instrumento nº 2006.0006.9448-7/0, Segunda Câmara Cível, Rel. Des. José Cláudio Nogueira Carneiro, DJ 18/01/2007)

Ex positis, conheço do agravo de instrumento, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0007482-74.2011.8.06.0000
AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. REMOÇÃO DE PRESOS DE DELEGACIAS DE POLÍCIA E CADEIAS PÚBLICAS DO ESTADO. CONDIÇÃO DEGRADANTE E DESUMANA. TUTELA ANTECIPADA. DESCABIMENTO. PRINCIPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. INEXISTÊNCIA. *FUMUS BONI IURIS* REFLEXO. DECISÃO MANTIDA.

1. A jurisprudência da e. Corte Suprema evidencia-se no sentido de que a política penitenciária não pode ser objeto de interferência do Poder Judiciário ou, em outras palavras, de alguma "judicialização", notadamente porque qualquer atuação do poder estatal, na hipótese, deve ser realizada de forma global e atender às diretrizes orçamentárias dos artigos 165 a 167 da Constituição Federal.

2. Há limites à amplitude da liberdade de escolha do administrador, tanto no que concerne aos efeitos jurídicos da norma como aos pressupostos do fato, conforme ensinamento de J. J. Gomes Canotilho.

3. Não haverá discricionariedade na aferição dos fatos relativos ao interesse público, mas somente quanto ao conteúdo da atividade visando esse fim (interesse público, já eleito pela norma). No caso, possibilidade de criar, com a decisão cautelar, o chamado perigo reverso. Precedentes.

4. O malferimento do princípio da separação dos poderes, além da limitação orçamentária, em face da eleição de prioridades pelo Poder Executivo, hipótese que em contrário, traria reflexos inimagináveis aos cofres públicos com prejuízo ao interesse coletivo, o que por si só derrubaria a verossimilhança da alegação, acaso existente.

5. A tutela antecipada se deferida, geraria mais danos à coletividade que aqueles que pretende evitar a pretensão aforada, dai a necessidade de se manter a decisão vergastada à sua íntegra.

6. A antecipação da tutela está subordinada aos requisitos do artigo 273 do Código de Processo Civil, ou seja, seu deferimento deve estar fundado em prova inequívoca, verossimilhança da alegação e fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Esses requisitos, conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, "são concorrentes; a ausência de um deles, como é o caso dos autos, inviabiliza a pretensão do autor.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n° 0007482-74.2011.8.06.0000 da Comarca de Fortaleza, em que é agravante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO CEARÁ sendo agravado O ESTADO DO CEARÁ.

ACORDAM, os desembargadores integrantes da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, **conhecer** do recurso, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, mantendo na íntegra a douta decisão objurgada.

Fortaleza, 30/10/2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo contra decisão prolatada pela insigne Juiz da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza que, em sede de Ação Civil Pública, negou tutela antecipada para obrigar o Estado do Ceará para proceder a transferência de todos os presos das Delegacias de Polícia do Estado, haja vista que entende, além de não ser dos policiais civis lotados nesses órgãos, a competência para guardá-los, ali se encontram em situação degradante e desumana.

Ao receber a presente ordem, por considerar a relevância do tema em enfoque e a sua complexidade frente aos mais diversos interesses envolvidos, resolvi convocar as partes à conversação e consequentemente a acordo. Infelizmente, após várias e enfadonhas rodadas de negociação, as partes não chegaram a um consenso, muito embora conjecturas tenham sido ensaiadas, conforme se vislumbra das petições de fls. 451/453 e 454/458 .

Através do despacho de fls. 468/470, por não vislumbrar na hipótese, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora* à configuração da insurgência, deneguei a tutela antecipada requestada. Naquele momento, à luz do que me foi posto, entendi, mesmo reconhecendo as condições desumanas porque passavam os encarcerados do Ceará, não comportar ao Poder Judiciário entrometer-se nos assuntos de gestão do estado, senão malferindo o princípio da Separação dos Poderes, não possuindo, ademais, o Judiciário, condições técnicas para tanto.

Contrarrazões foram apresentadas pelo Estado do Ceará ás fls. 474/486, pleiteando pelo improvimento do recurso.

O MM. Juiz a quo, prestou às informações de fls. 490.

Através do parecer de fls. 496/508, o órgão do Ministério Público em exercício neste Segundo Grau de Jurisdição, apresentou parecer de mérito, em o qual pugna pelo conhecimento do recurso, seu provimento, e reforma total do despacho objurgado, para obrigar o Estado do Ceará a remover, todos os presos das delegacias de polícia que se encontram de forma irregular, devendo ali somente permanecer os presos

em situação de flagrância enquanto necessário para conclusão do inquérito policial; bem como transferir, imediatamente, os presos excedentes da capacidade das delegacias de polícia, além do que obrigue o Estado a se abster de receber presos, em quantidade superior a capacidade das delegacias de polícia de todo o Estado, estipulando, para tanto, multa diária de R$ 100.000,00 (cem mil reais), para o caso de descumprimento.

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

À douta revisão.

FUNDAMENTO E VOTO

Pelo meu voto, entendo razão assistir, na espécie, ao Estado do Ceará.

Com efeito, digo a propósito, e em plano primeiro nesta minha decisão que, nada há que se discutir a respeito da competência do Ministério Público para a discussão de matéria de tamanha envergadura e repercussão, porquanto encontra-se sedimentada no âmbito do Judiciário brasileiro, a tese de que ao Ministério Público é dada a garantia e a legitimidade para propor ações em defesa de interesses difusos e coletivos, bem como para promover medidas de tutela e proteção a direito individual homogêneo relacionado a principio constitucional fundamental, do qual é exemplo a dignidade da pessoa humana, nos termos do artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, que ainda prescreve em seu artigo 129, *verbis*:

> "Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público:
> (...)
> II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, provendo as medidas necessárias a sua garantia;
> III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Na espécie, pois, de forma admirável, e altaneira, o órgão do Ministério Público alencarino, imbuído dessas suas atribuições tão dignificantes, úteis e necessárias à satisfação dos anseios da sociedade, busca tutelar por meio da presente ação civil pública, os direitos e a segurança de um cem número de pessoas (presos) que, ao seu viso, ao que se depreende dos autos, potencialmente se encontram sujeitas a condição indigna e degradante, pois confinadas em estabelecimentos prisionais (Cadeias públicas e Delegacias de Polícia), sem as mínimas condições, e que por conta disto mesmo, por não merecerem do Estado tratamento tão infame, ali se encontram esquecidos, tal qual estorvo imprestável e sem inutilidade.

A atuação do órgão do Ministério Público, tenho, ademais, visa compelir o Estado, a Administração Pública, ao cumprimento das diretrizes e normas jurídicas

postas ao caso em questão.

Aliás, na lição do Promotor de Justiça João Gaspar Rodrigues, do Estado do Amazonas, "*O representante do Ministério Público está comprometido só, tão somente, com a ordem jurídica, com o regime democrático e com os interesses indisponíveis da sociedade, definidos na Constituição e nas leis. Em momento algum, deve esse membro vergar ao peso das pressões políticas, quer sejam intra ou extra-institucionais. E, naturalmente, não basta ser honesto: isso é pressuposto e não qualidade. É preciso ser um homem inteiro e independente, sem compromisso senão com a lei e sua consciência, capaz, portanto, de exercitar contra quem quer que seja, os poderes que a lei lhe conferiu. Do contrário, não será um Promotor de Justiça, e sim, um promotor do nada a opor, do nada a requerer, do pelo prosseguimento. Este é, em regra, o promotor bonzinho, sorridente, popular, amigo de todos, especialmente dos poderosos. Aquele é visto com malquerença e antipatia". (RODRIGUES, João Gaspar. Atribuições do Ministério Público. Jus Navigandi, Terezina, ano 1, n. 4, dez. 1996. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id:270>. Acesso em 24 out. 2012).*

In hipótese, o órgão do Ministério Público, desafia o próprio poder do Estado, é altaneiro, soberbo. Não é, na acepção da palavra, o promotor bonzinho, sorridente, popular, amigo de todos, especialmente dos poderosos, do Estado. Não é um promotor do nada a opor, do nada a requerer, do pelo prosseguimento È o verdadeiro membro do *Parquet*. Corajoso, destemido, pronto à defesa intransigente do seu mister constitucional.

Feito, portanto, este breve introito, que tem por finalidade, não descurar das altíssimas e relevantes atribuições dadas hodiernamente ao Ministério Público pelo nosso Sistema Constitucional, peço-lhe, todavia, desculpas, por não lhe poder, nesta ação, e neste momento processual, pelo menos na forma que me foi aprazada, conferir-lhe a pretendida antecipação de tutela, ante a ausência visível da verossimilhança da alegação.

Nesta linha de raciocínio, entendo que a decisão objurgada, foi posta ao conhecimento geral, com sapiência e raro sentimento de moderação, e, em nenhum momento, ao meu sentir, violou o direito de quem quer que seja, senão teve por fim, a preservação da consciência e do poder de cautela que deve abraçar a todos nós julgadores.

Note-se, ademais, que na decisão proferida por mim às fls. 468/470, denegatória da liminar requestada neste Agravo de Instrumento, preservamos a decisão tomada pelo MM. Juiz a quo, e o fizemos alicerçado nos parâmetros seguintes, *verbis*:

> "A responsabilidade prisional deve ser mantida com o Poder executivo, revelando-se temerário e violador de princípio constitucional, que o Poder Judiciário o obrigue ao ideal, em um país cuja maioria da população ativa vive marginalizada e em condições de miséria. É verdade que a autoridade administrativa pode e deve tomar providências de caráter e inadiável em relação ao condenado sob sua guarda, quando evidentes as situações de risco para a ordem pública ou para a ordem interna do estabelecimento,

> em momentos críticos, graves e perigosos à segurança interna ou externa, sem que para tanto haja absoluta exigência de submissão prévia do ato à autoridade judiciária competente. A ordem de transferência/remoção de presos, por critério de oportunidade e conveniência, consiste em atividade própria da Administração. Caso contrário, haverá ofensa aos princípios da legalidade e o da separação dos Poderes do estado. … Então, realmente, é aflitiva a situação dos presos que vivem em condições desumanas, muitos deles, muitas vezes, não têm tratamento digno, mas não vejo como possa o Poder Judiciário, neste momento sem ofensa ao princípio da separação dos poderes do estado, dizer para o governo do Estado que "transfira esses presos daqui e coloque ali, e daqui coloque acolá". O Judiciário não tem como fazer isso, e não tem essa atribuição, não tem nem tem condições técnicas para fazer isso".

Com efeito, lembro que o Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, conhecido nacionalmente por suas estupendas e elucidativas lições que a todos nós tem proporcionado, em voto paradigma (AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 990.10.379657-8), do qual tomo por empréstimo, em parte, revelou:

> "Ora, sabe-se que a conexão institucional entre os vários órgãos constitucionais (e respectivas funções) permite-nos identificar a forma de governo constitucional, ou seja, o modo de organização adotado para realizar os objetivos ou fins constitucionalmente normativizados. A articulação de órgãos e funções com a tarefa de direção política assume, neste contexto, um papel decisivamente caracterizador. Por função de direção politica ('indirizzo político) entender-se-á conformação dos objetivos politico constitucionais mais importantes e a dos meios ou instrumentos idôneos e oportunos para os prosseguir. Conforme a doutrina: "A individualização de fins' e a 'individualização de meios' (T. Martines), próprias são de «decisão» ou direcção politica, são, num sistema constitucional democrático funções tendencialmente normativas." (J. J. Gomes Canotilho, 'Direito Constitucional e Teoria da Constituição', Almedina, p. 551).

Disse o eminente relator daquela irresignação: "*Afirmou Hans Peter Schneider que o Poder Executivo está muito mais vinculado à constituição, concretamente no exercício do poder discricionário, e nos espaços reservados pela lei, mas que sua vinculação se produz mais pelo princípio da legalidade. Assim, para ele, no que respeita ao governo e à Administração, o direito constitucional tem qualitativamente uma importância menor que sua eficácia indireta. O mesmo autor lembra que a Constituição contém normas que servem de instrumento para orientar politicamente o comportamento e influem sobre o exercício do poder de forma imediata, como declarações programáticas, diretrizes constitucionais, mandatos legislativos e objetivos estatais sobre o exercício do poder público, que, se bem que não preformulam os conteúdos concretos das decisões, estatais, indicam a orientação a seguir.* (HANS PETER SCHNEIDER, Democracia y Constiticion, CEC, Madrid, p. 103)

A rigor, continua dizendo e citando o douto Magistrado: "*portanto, não se*

pode concluir, sempre, pela invasão da competência administrativa pelo provimento jurisdicional, quando se pode determinar providências que demandem um atuar administrativo e providências materiais. Em realidade há limites à amplitude da liberdade de escolha do administrador, tanto no que concerne aos efeitos jurídicos da norma como aos pressupostos do fato (J. J. Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 229). Não haverá discricionariedade na aferição dos fatos relativos ao interesse público, mas somente quanto ao conteúdo da atividade visando esse fim (interesse público, já eleito pela norma), nas hipóteses levantadas cuidadosamente por Renato Alessi, no sentido de que a determinação do interesse público necessário para legitimar o uso do poder de ação, por parte da lei, pode ser precisa ou imprecisa. Assim sendo, rejeito a alegação de violação da separação de poderes no mero controle da (em tese) omissão administrativa". (Instituciones de Derecho Administrativo, Bosch, Barcelona, t. I, p. 188-9).

Não se há de esquecer, por oportuno, que a Constituição Federal consagrou o direito dos detentos a não serem submetidos a tratamento desumano ou degradante, vedando qualquer crueldade na execução das penas, respeitada a sua integridade física e moral (artigo 5º, incisos III, XLVII, XLVIII e XLIX, da Constituição Federal).

Ocorre, como disse acima, que os requisitos exigidos para o deferimento da antecipação da tutela não estão presentes, como, aliás, ressaltou o MM. Juiz "a quo", especialmente no que tange a eventuais riscos a que estivessem submetidos os detentos, a justificar imediata remoção.

Por outro lado, vem se pacificando a jurisprudência da e. Corte Suprema, no sentido de que a política penitenciária não pode ser objeto de interferência do Poder Judiciário ou, em outras palavras, de alguma "judicialização", notadamente porque qualquer atuação do poder estatal, na hipótese, deve ser realizada de forma global e atender às diretrizes orçamentárias dos artigos 165 a 167 da Constituição Federal (RE nº 365.299/SC, rel. Min. Carlos Velloso, j. em 16.11.2005; RE nº 422.298/PR, rel. Min. Eros Grau, j. em 28.6.2006; RE nº 403.806/PR, rel. Min. Cezar Peluso, j. Em 30.7.2007). Veja-se:

> DECISÃO: - Vistos. O acórdão recorrido, proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em embargos infringentes, está assim ementado: "EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADEIA PÚBLICA - MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO SUSCITADAS - ATO ADMINISTRATIVO - DISCRICIONARIEDADE - DESCABIMENTO DE INTENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA FUNÇÃO EXECUTIVA - PLEITO PROCEDENTE. 'Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. 'As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência

dos Poderes. 'O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito' (REsp 169.876, Min. José Delgado)." (Fl. 202) Daí o RE, interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 144, caput, da mesma Carta, sustentando, em síntese, o seguinte: a) "a péssima conservação da estrutura daquele prédio público (...) traz, antes de tudo, um sério risco à população carcerária, derruindo tudo o que se almeja dos fins de um estabelecimento penitenciário e também da função da pena a ressocialização do condenado" (fl. 217); b) o acórdão recorrido equivocou-se ao considerar programática a norma do art. 144 da Constituição; c) o Poder Judiciário pode e deve obrigar o Poder Executivo a manter e conservar os bens públicos que lhes são afetos. "A manutenção deles não pode ficar ao livre arbítrio do Administrador Público, pena de perecimento e manifesto prejuízo à sociedade" (fl. 219); d) "imperativo é reconhecer que se a Constituição Federal preconiza que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos, qualquer interpretação que negue a aplicabilidade desse direito pode e deve ser infirmada, por ser flagrantemente contrária à Constituição" (fl. 223). Admitido o recurso (fls. 237-238), subiram os autos. A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 243-246). Autos conclusos em 29.9.2005. Decido. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos: "(...) 8. De início, impede reconhecer que o vergastado acórdão não ofendeu o caput do art. 144 da Carta da República de 1988, que dispõe: 'A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)'. Isto porque, independente de se taxar tal norma de programática ou de eficácia contida, ela deve ser interpretada de modo a se coadunar com o disposto no art. 2º do mesmo diploma Legislativo, que trata da interdependência dos Poderes da União. 9. **De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas.** 10. Importante é consignar que o raciocínio acima esposado nada tem a ver com doutrinas apriorísticas que pregam a intangibilidade do mérito dos atos administrativos ante o controle exercido pelo Judiciário, pois esse é o tipo de discussão que resta superada ante o mandamento presente no inciso XXXV do art. 5º (princípio da ubiqüidade da jurisdição) de nossa Lei Fundamental de 1988, uma vez que, independente de o ato administrativo ser taxado de vinculado ou discricionário, havendo lesão ou ameaça a direito, faz-se necessária a intervenção do Judiciário sempre que provocado. III 11. Ante o exposto, o parecer é pelo não-provimento do extraordinário. (...)."

(Fls. 245-246) Correto o parecer. A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer foi adotado no acórdão recorrido: "(...) 'Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adredemente aprovados pelo Legislativo. 'Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades. 'Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato. 'A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. 'Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. (...)." (Fls. 205-206) É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento. Publique-se. Brasília, 16 de novembro de 2005. Ministro CARLOS VELLOSO - Relator -(RE 365299, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Decisão Proferida pelo(a) Ministro(a) CARLOS VELLOSO, julgado em 16/11/2005, publicado em DJ 09/12/2005 PP-00086)

DECISÃO: O Ministério Público do Estado do Paraná propôs ação civil pública visando à imposição, ao Governo Estadual, de obrigação de fazer consubstanciada na construção de estabelecimento prisional adequado. 2. O Tribunal de Justiça local afirmou que o reconhecimento da pretensão deduzida pelo MP afrontaria ao princípio da "Separação dos Poderes", vez que "[n]o presente caso, tem relevante destaque o princípio da conveniência do ato. Ocorre que o exame de dito princípio é da exclusiva competência do

Poder Executivo, na medida em que de seus cofres é que advirão os valores necessários à obra" [fls. 216]. 3. **A forma como o Estado-membro vai garantir o direito à segurança pública há de ser definida no quadro de políticas sociais e econômicas cuja formulação é atribuição exclusiva do Poder Executivo. Não cabe ao Judiciário determinar a realização de obras em cadeia pública.** Nesse sentido, o RE n. 365.299, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 9.12.05. Nego seguimento ao recurso extraordinário com fundamento no disposto no artigo 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 28 de junho de 2006. Ministro Eros Grau - Relator - (RE 422298, Relator(a): Min. EROS GRAU, julgado em 28/06/2006, publicado em DJ 07/08/2006 PP-00084)

DECISÃO: 1. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná e assim ementado: "AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MINISTÉRIO PÚBLICO - ESTADO DO PARANÁ - SEGURANÇA PÚBLICA - CONSTRUÇÃO DE CELAS NA CADEIA PÚBLICA - DELEGADO DE POLÍCIA E SERVIDORES (CARCEREIROS, INVESTIGADORES E ESCRIVÃO). ACOLHIMENTO PARCIAL DO PEDIDO - OBRIGAÇÃO DE CONSTRUÇÃO DE SEIS CELAS - QUADRO DE SERVIDORES - 3 CARCEREIROS, 1 ESCRIVÃO, PERMANÊNCIA DO DELEGADO DE POLÍCIA E INVESTIGADORES. AGRAVO RETIDO - PRELIMINARES DE CARÊNCIA DE AÇÃO, AUSÊNCIA DE INTERESSEDE AGIR, INADEQUAÇÃO DA VIA PROCESSUAL E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEIÇÃO. AUSÊNCIA DE INVASÃO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E LEGISLATIVA. IMPROVIMENTO DO RECURSO." (Fl. 222). O recorrente, com fundamento no art. 102, III, a, alega violação ao artigo 2º, da Constituição Federal, enquanto a obrigação de fazer imposta pelo Judiciário feriu a independência dos Poderes, porque se traduz em usurpação de competência do Executivo, que, no exercício do poder discricionário, decide como empregar os recursos orçamentários na consecução de políticas urbanas. 2. Consistente o recurso. Em caso análogo, esta Corte assim decidiu: "Vistos. O acórdão recorrido, proferido pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, em embargos infringentes, está assim ementado: "EMBARGOS INFRINGENTES - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - CADEIA PÚBLICA - MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO SUSCITADAS - ATO ADMINISTRATIVO - DISCRICIONARIEDADE - DESCABIMENTO DE INTE RVEN ÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO ÂMBITO DA FUNÇÃO EXECUTIVA - PLEITO PROCEDENTE. ‘’Ao Poder Executivo cabe a conveniência e a oportunidade de realizar atos físicos de administração (construção de conjuntos habitacionais, etc.). O Judiciário não pode, sob o argumento de que está protegendo direitos coletivos, ordenar que tais realizações sejam consumadas. ‘’As obrigações de fazer permitidas pela ação civil pública não têm força de quebrar a harmonia e independência dos Poderes. ‘’O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário está vinculado a perseguir a atuação do agente público em campo de obediência aos princípios da legalidade, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade, da finalidade e, em algumas situações, o controle do mérito’’ (REsp 169.876, Min. José Delgado)." (Fl. 202) Daí o RE, interposto pelo MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, fundado no art. 102, III, a, da Constituição Federal, com alegação de ofensa ao art. 144, caput, da mesma Carta, sustentando, em síntese, o seguinte: a) "a péssima conservação da estrutura daquele prédio público (...) traz, antes de tudo, um sério risco à população carcerária, derruindo tudo o que se almeja dos fins de um estabelecimento penitenciário e também da função da pena a ressocialização do condenado" (fl. 217); b) o acórdão recorrido equivocou-se ao considerar programática a norma do art. 144 da Constituição; c) o Poder Judiciário pode e deve obrigar o Poder Executivo a manter e conservar os bens públicos que lhes são afetos. "A manutenção deles não pode ficar ao livre arbítrio do Administrador Público, pena de perecimento e manifesto prejuízo à sociedade" (fl. 219); d) "imperativo é reconhecer que se a Constituição Federal preconiza que a segurança pública é dever do Estado e direito de todos, qualquer interpretação que negue a aplicabilidade desse direito pode e deve ser infirmada, por ser flagrantemente contrária à Constituição" (fl. 223). Admitido o recurso (fls. 237-238), subiram os autos. A Procuradoria Geral da República, em parecer lavrado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos, opinou pelo não-provimento do recurso (fls. 243-246). Autos conclusos em 29.9.2005. Decido. Destaco do parecer do ilustre Subprocurador Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos: "(...) 8. De início, impede reconhecer que o vergastado acórdão não ofendeu o caput do art. 144 da Carta da República de 1988, que dispõe: ''A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)''. Isto porque, independente de se taxar tal norma de programática ou de eficácia contida, ela deve ser interpretada de modo a se coadunar com o disposto no art. 2º do mesmo diploma Legislativo, que trata da interdependência dos Poderes da União. 9. De fato, a utilização de ação civil pública a fim de exigir do Executivo local a manutenção de determinado estabelecimento prisional afigura-se um questionável avanço em suas atribuições, pois, apesar de ser nobre o pleito e de a segurança pública ser deveras direito de todos, esse tipo de ingerência nos atos da Administração pública pode acabar por transformar o juiz em administrador, uma vez que os recursos orçamentários são geralmente escassos e as necessidades humanas infinitas. 10. Importante é consignar que o raciocínio acima esposado nada tem a ver com doutrinas apriorísticas que pregam a intangibilidade do mérito dos atos administrativos ante o controle exercido pelo Judiciário, pois esse é o tipo de discussão que resta superada ante o mandamento presente no inciso XXXV do art. 5º (princípio da ubiqüidade da jurisdição) de nossa Lei Fundamental de 1988, uma vez que, independente de o ato administrativo ser taxado de vinculado ou discricionário, havendo lesão ou ameaça a direito, faz-se necessária a intervenção do Judiciário sempre que provocado. III 11. Ante o exposto, o parecer é pelo não-provimento do extraordinário. (...)." (Fls. 245-246) Correto o parecer. A tese posta no RE é esta: na forma do art. 144, caput, da CF, o Tribunal deveria determinar ao Executivo local a realização de obras em cadeia pública que se encontra em mau estado de conservação. Acontece que a questão exige previsão no que toca a recursos orçamentários e financeiros, inscrita nas atribuições do Poder Executivo. De outro lado, bem registra o Procurador Luiz César Medeiros, cujo parecer

> foi adotado no acórdão recorrido: "(...) **‘’Constitucionalmente, quem detém o poder de priorizar a aplicação das verbas públicas é o Executivo, dentro dos parâmetros orçamentários adredemente aprovados pelo Legislativo. ‘’Convenhamos, a par da segurança pública, tem o Estado, por igual, responsabilidade pela educação, pela saúde, pelos transportes públicos e por tantos outros itens indispensáveis à sociedade. Cabe ao Administrador Público, dentro das prerrogativas que a Constituição lhe destina, distribuir os recursos orçamentários para suprir tais necessidades.** ‘’Não tenho a menor dúvida que se dependesse da ação do Ministério Público e da receptividade do Judiciário, resolveríamos de pronto a situação caótica dos presídios, problema não só de Canoinhas, mas do Estado de Santa Catarina e de todo o País. Na mesma linha, poderíamos responsabilizar os mandatários pela falta de leitos hospitalares, fator responsável por milhões de mortes nas classes menos favorecidas. Também acabariam as filas de pessoas que mendigam uma consulta médica nos Postos de Saúde. De igual forma, através de determinação via provimento judicial, todas as crianças poderiam exercer em toda sua plenitude o sagrado direito à educação, com a edificação de salas de aula em número necessário para tal desiderato. ‘’A permanecer hígida a decisão em comento, qual seria a justificativa, no âmbito jurídico-social, para que a cadeia de Canoinhas fosse reformada com primazia, quando tantas outras, alguma em pior situação, por falta de verbas, aguardem por idêntica solução. O próprio Magistrado referiu que a cadeia pública de Itaiópolis, Comarca vizinha, aguarda, inclusive há mais tempo por reformas, encontrando-se também interditada. Não parece razoável, ante tal quadro fático, que o Judiciário exija do Executivo o direcionamento das verbas para atender de forma privilegiada, ou específica, uma comunidade. ‘’Como muito bem lembrou o recorrente, a forma pela qual o Estado deve garantir o direito à segurança pública está condicionada a políticas sociais e econômicas, o que permite a conclusão de que qualquer atuação nesse sentido deve ser realizada de forma global e atender aos planos orçamentários traçados nos arts. 165 a 167 da Constituição Federal. (...)." (Fls. 205-206) É inviável, está-se a ver, o RE, motivo por que lhe nego seguimento . " (RE nº 365299, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, DJ de 09.12.2005. No mesmo sentido, RE nº 422298, Rel. Min. EROS GRAU, DJ de 28.06.2006). 3. Diante do exposto, e com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar improcedente a ação civil pública. Custas "ex lege". Publique-se. Int.. Brasília, 30 de julho de 2007. Ministro CEZAR PELUSO Relator (RE 403806, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 30/07/2007, publicado em DJ 22/08/2007 PP-00077)

Importante, ademais, relembrar, que o tema da construção de presídios e da alocação de presos em cadeias públicas ou unidades prisionais não é tema local, é tema que está afeto às outras esferas federativas: Estados-membros e União. Se é assim em relação ao conteúdo dos atos estatais, quer sejam eles legislativos e executivos é também em relação aos atos judiciários, que somente podem ser tomados no âmbito estadual ou nacional globalmente considerada a questão. A situação como um todo, infelizmente

é calamitosa. Todavia, não se há de esquecer, que algo encontra-se sendo feito. Para tanto vejo, a propósito, que neste Estado pobre e sofrido do Ceará, já foram inaugurados nestes últimos quatro anos, nada mais nada menos que 04 unidades prisionais, 14 cadeias públicas, várias delegacias de polícia, além da reformas de outras tantas.

Bom de ver, neste sentido, informações colhidas junto a própria Secretaria de Justiça e Cidadania - SEJUS, as quais deixam às claras, a preocupação do Apelante quanto a política empreendida ao encarcerado, deste Estado. Vejamos:

CONSTRUÇÕES DE UNIDADES PRISIONAIS

Nº do contrato	Tipo de Obra	Município	Nº de Vagas novas	Observação
	Construção Cadeia 40 vagas	Barbalha	47	Concluída
015/2009	Construção Cadeia 51 vagas	Santa Quitéria	54	Concluída
083/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Fortim	34	Concluída
128/2008	Construção Cadeia 153 vagas	Sobral	153	Concluída
100/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Ocara	34	Concluída
112/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Amontada	34	Concluída
110/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Trairi	34	Concluída
143/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Caridade	34	Concluída
029/2009	Construção Pen. Militar 130 vagas	Aquiraz	130	Concluída
095/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Umirim	34	Concluída
	Construção Cadeia 40 vagas	Icó	47	Concluída
016/2009	Construção Cadeia 51 vagas	Acaraú	54	Concluída
099/2008	Construção Cadeia 32 vagas	Araripe	34	Concluída
	Construção Cadeia 40 vagas	Acopiara	47	Concluída

051/2008	Construção da Casa de Privação Provisória da Liberdade – CPPL II	Itaitinga	944	Concluída
050/2008	Construção da Casa de Privação Provisória da Liberdade – CPPL III	Itaitinga	944	Concluída
100/2005	Construção Penitenciária 525 vagas	Pacatuba	525	Concluída
008/2010	Construção Cadeia 127 vagas	Crato	127	Concluída
037/2010	Construção Cadeia 32 vagas	Cruz	34	Em execução
057/2010	Construção Cadeia 32 vagas	Jati	34	Em execução
049/2010	Construção CPPL IV	Itaitinga	944	Em execução
001/2011	Construção Cadeia 32 vagas	Milhã	34	Em execução
034/2010	Construção Cadeia 153 vagas	Tianguá	153	Em execução
012/2010	Construção Cadeia 153 vagas	Crateús	153	Aguardando nova licitação
045/2010	Construção Cadeia 153 vagas	Aracati	153	Aguardando nova licitação
007/2009	Construção Cadeia 83 vagas	Juazeiro do Norte	127	Aguardando nova licitação
			4942	

REFORMAS DE UNIDADES PRISIONAIS

Tipo de Obra	Município	Observação
Reforma e recuperação	Iguatu	Concluída
Reforma e recuperação	Campos Sales	Concluída
Reforma Cadeia Pública	Cedro	Concluída
Reforma Cadeia Pública	Itapipoca	Concluída
Reforma e ampliação	Camocim	Concluída
Reforma e recuperação	Orós	Concluída
Reforma e recuperação	Capistrano de Abreu	Concluída
Reforma e recuperação	Tamboril	Concluída
Reforma Cadeia Pública	Morada Nova	Concluída
Reforma e recuperação	São Luis do Curu	Concluída

Reforma e recuperação	Quixadá	Concluída
Reforma e recuperação	Tabuleiro do Norte	Concluída
Recuperação	Êrere	Concluída
Recuperação	Ubajara	Concluída
Reforma e recuperação e ampliação	Palmácia	Concluída
Reforma e recuperação e ampliação	Farias Brito	Concluída
Recuperação	Mombaça	Concluída
Reforma e recuperação	Paracuru	Concluída
Recuperação	Massapê	Concluída
Recuperação	Quixeramobim	Concluída
Reforma e recuperação	Itapajé	Concluída
Recuperação	Baturité	Concluída
Recuperação	Cascavel	Concluída
Recuperação	Ipu	Concluída
Recuperação	Boa viagem	Concluída
Recuperação	Cedro	Concluída
Recuperação	Tauá	Concluída
Reforma, recuperação e ampliação	Aracoiaba	Concluída
Reforma e recuperação	Beberibe	Concluída
Reforma e recuperação	Penaforte	Concluída
Reforma e recuperação	Boa viagem	Concluída
Reforma Cadeia Pública	Granja	Concluída
Reforma e recuperação	Saboeiro	Concluída
Reforma	Mulungu	Concluída
Reforma e recuperação	Santana do Acaraú	Concluída
Reforma e recuperação	Santana do Cariri	Concluída
Reforma e recuperação	Jaguaruana	Em execução
Reforma e ampliação	Viçosa do Ceará	Em execução
Reforma e ampliação	Missão Velha	Aguardando nova licitação

OBRAS DIVERSAS

Tipo de obra	Município	Observação
Recuperação do pavilhão P7 – IPPS	Aquiraz	Concluída
Recuperação do pavilhão P8 – IPPS	Aquiraz	Concluída
Reforma do Bloco de Saúde C.P.P.L.D.F.A.O.B.L.	Caucaia	Concluída
Reforma dos prédios da SEJUS e do CREDE para implantação da nova sede da SEJUS	Fortaleza	Concluída
Reforma do Bloco de Saúde C.P.P.L.A.P.L.A.L.	Itaitinga	Concluída

Recuperação da Coberta do IPF	Aquiraz	Concluída
Reforma do Instituto Psiquiátrico Gov. Stênio Gomes	Itaitinga	Concluída
Rec. Da Cia Guarda/Cozinha e const. Do Bloco de Saúde da Colonia Agropastorial do Amanarí	Maranguape	Concluída
Construção Quadra Coberta I.P.P.O.O. II	Itaitinga	Concluída
Recuperação e ampliação da quadra de esportes do I.P.F.D.A.M.C.	Aquiraz	Concluída
Construção Quadra Coberta P.I.R.S.	Sobral	Concluída
Reforma da C.P.P.L. – 01 - Itaitinga	Itaitinga	Concluída
Reforma da C.P.P.L. - Caucaia	Caucaia	Concluída
Reforma da Colônia Agrícola Pe. José Esmeraldo de Melo	Santana do Cariri	Concluída
Construção Galpão Cerâmica I.P.P.S.	Aquiraz	Concluída
Reforma da sede da Secretaria da Justiça e Cidadania	Fortaleza	Concluída
Rec. E Amp. Administração Stênio Gomes	Itaitinga	Concluída
Reforma de um galpão para implantação da movelaria de Sobral	Sobral	Concluída
Const. Guarita/abrigo visitantes entrada IPPS/ IPF/Penit. Militar	Aquiraz	Concluída
Const. Abrigo para visitantes e alojamento Agentes - IPF	Aquiraz	Concluída

PROJETOS EM ANDAMENTO

Tipo de obra	Município	Nº de vagas	Observação
Reforma na Casa de Privação Provisória da Liberdade de Caucaia para implantação do Centro de Triagem	Caucaia	-	Aguardando licitação
Construção da Cadeia para Jovens e Adultos	Horizonte	685	Em processo licitatório
Construção de CPPL V	Itaitinga	1016	Em processo licitatório
Construção de um Semi-aberto	Pajuçara	944	Em processo licitatório
Construção do Complexo de Alta-Segurança	Aquiraz	750	
Construção de uma Muralha no Complexo Penitenciário	Itaitinga	-	
Construção de uma Cadeia para 600 vagas	Itaitinga	600	

Construção de uma Cadeia Feminina	Aquiraz	502	
Construção de uma Cadeia para 272 vagas em Juazeiro do Norte	Juazeiro	272	

Parece, portanto, à luz dos números que se me apresentam, que o nosso Estado, ainda que desprezemos as dificuldades, políticas e orçamentárias que as circunstâncias se lhes impõe, tem conseguido algumas vitórias nesta área.

Por tais razões, tendo em vista, ainda, que a situação fática, de modo global, dos presos no Estado do Ceará, não discrepa daquelas vistas em todo o território brasileiro, somando-se aos argumentos trazidos na resposta de fls. 475/486, malferimento do princípio da separação dos poderes, limitação orçamentária, reflexos inimagináveis aos cofres públicos, e que não enxergo no Estado do Ceará inércia na solução do problema, não vislumbro a existência da verossimilhança da alegação. Aliás, por entender configurada, na hipótese, o '*periculum in mora reverso*', ou seja, a tutela antecipada geraria mais danos à coletividade que aqueles que pretende evitar, é que mantenho a decisão vergastada à sua íntegra.

Ainda que não fora este o entendimento, da doutrina extraio: "(•••) *Tutela antecipatória e tutela cautelar. A tutela antecipada dos efeitos da sentença de mérito não é tutela cautelar, porque não se limita a assegurar o resultado prático do processo, nem a assegurar a viabilidade da realização do direito afirmado pelo autor, mas tem por objetivo conceder, de forma antecipada, o próprio provimento jurisdicional pleiteado ou seus efeitos. Ainda que fundada na urgência (CPC 273, I), não tem natureza cautelar, pois sua finalidade precipua é adiantar os efeitos da tutela de mérito, de sorte a propiciar sua imediata execução, objetivo que não se confunde com o da medida cautelar (assegurar o resultado útil do processo de conhecimento ou de execução ou, ainda, a viabilidade do direito afirmado pelo autor). A ultra-eficacia da medida para depois de encerrado o processo é circunstância que torna evidente sua natureza não cautelar "* (Nelson Nery Júnior, CPC Comentado, RT, 10.a e d.).

Conforme observa Cândido Dinamarco, "*a técnica engendrada pelo novo art. 273 consiste em oferecer rapidamente a quem veio a processo pedir determinada solução para a situação que descreve precisamente aquela solução que ele veio ao processo pedir. Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivale 'mutatis mutandis' à procedência da demanda inicial com a diferença fundamental representada pela provisoriedade*" (A Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo: Malheiros, p. 141/142).

A prova inequívoca, segundo Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de

Andrade Nery, "*é do 'fato título do pedido (causa de pedir)'. Tendo em vista que a medida foi criada em benefício apenas do autor, com a finalidade de agilizar a entrega da prestação jurisdicional, deve ser concedida com parcimônia, de sorte a garantir a obediência ao princípio constitucional da igualdade de tratamento das partes. Como a norma prevê apenas a cognição sumária, como condição para que o juiz conceda a antecipação, o juízo de probabilidade da afirmação feita pelo autor deve ser exigido em grau compatível com os direitos colocados em jogo*" (Código de Processo Civil Comentado, 8.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 719).

A propósito, vale transcrever trecho do voto proferido pelo eminente Des. ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS ao analisar caso semelhante a destes autos: "*A questão é muito mais séria do que se pensa, não se trata, em absoluto, de reconhecer ou não da legitimidade do Ministério Público, mas de uma questão puramente funcional. O Poder Judiciário representa a jurisdição e jurisdição quer dizer: aplicação do direito ao caso concreto. Não é o Ministério Público que tem legitimidade ou não tem, é o Poder Judiciário que não pode interferir na órbita administrativa e obrigar o Estado ou o Município a administrar de uma forma ou de outra, quer dizer, seria esta uma função completamente estranha ao Poder Judiciário ...*" (RN/AC nº 1.0637.03.019691-8/001, j. 14/12/2004 – grifei).

Anote-se, ademais, a preocupação do Estado do Ceará no atender a ponderação do Ministério Público:

> "Em consonância com a situação do Estado do Ceará, torna-se inviável a transferência dos presos excedentes das delegacias estaduais a núcleos prisionais, dada a semelhança quanto à situaçãp figurada por ambas. Nesse sentido, destaca-se conjunto de portarias expedidas pela vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza, a saber, Portarias nº 004/2010, 007/2010 e 009/2011 destinadas à flexibilização emergencial do percentual de excesso prisional em relação a IPPOO II (aumentos sucessivos e crescentes em 10%, 20% e 40%, respectivamente), afirmativa que confirma a impossibilidade de remoção dos referidos presos, necessitando-se, pois, para a materialização desta a produção de políticas públicas, estas destinadas exclusivamente ao Poder Executivo, manifestando-se sensível violação ao princípio da separação de poderes, dada ingerência do poder judiciária sobre o primeiro....".

Vê-se, portanto, que o pedido é amplo, abraça todo o Estado do Ceará, e como tal, infelizmente não pode ser recepcionado, pelo menos neste momento como referi acima.

Demais disso, ainda que consiste ao caso, a verossimilhança da alegação, o que não é o caso, pois presente o *periculum in mora* reverso, não como determinar, em sede de liminar, a efetivação de todas as medidas requestadas pelo ente Público Fiscal da lei.

Validamente, não se deve descuidar que não foi demonstrada objetivamente

a capacidade dos estabelecimentos prisionais do Estado apta a receber, de imediato, todos os custodiados em questão, além de outros pormenores, como orçamento e plano organizacional necessário, por óbvio à consecução, fosse o caso da autorização, os quais, por certo, demanda exame acurada e especializado, impossível de ser aferido nesta sede recursal.

Noutras palavras, pendente a instrução processual, onde serão dirimidas as dúvidas surgidas pelo confronto das alegações de uma e outra parte, não se apresenta prudente a execução de medidas concretas requeridas em sede de antecipação de tutela.

Em outro pórtico, essa verificação não obsta, pois, que o ente público desempenhe atividades e gestões que possibilitem minimizar o problema descrito nos autos principais e tornar mais célere sua solução – como acho que é a sua preocupação, máxime considerando, agora, e simplesmente nesta perspectiva, a verossimilhança das asserções nas quais o agravante sustenta sua pretensão.

Nossos tribunais, por extensão tem decidido, *verbis*:

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Interdição de estabelecimento prisional. Remoção de presos de cadeia pública e proibição de ingresso de outros, com condenação definitiva. Impossibilidade. Compete ao Poder Executivo tomar as medidas cabíveis para solucionar o problema de superlotação carcerária. Incabível a incursão do Poder Judiciário em esfera de critérios de conveniência e oportunidade para adotar as prioridades da Administração Pública. Preliminares rejeitadas. Recurso improvido. (5495520118260606 SP 0000549-55.2011.8.26.0606, Relator: Claudio Augusto Pedrassi, Data de Julgamento: 19/06/2012, 2ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 20/06/2012, undefined)
>
> Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública, objetivando a interdição de Cadeia Pública. Precariedade das instalações e superlotação. Demanda julgada procedente. Recurso da Fazenda Pública buscando a inversão do julgado. Admissibilidade. Incursão do Poder Judiciário em esfera de critérios de conveniência e oportunidade que só ao Poder Executivo incumbe deliberar. Recurso provido para julgar improcedente a Ação Civil Pública. (9257260252005826 SP 9257260-25.2005.8.26.0000, Relator: Aroldo Viotti, Data de Julgamento: 02/05/2011, 11ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 05/05/2011, undefined)
>
> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOTAÇÃO DO SISTEMA CARCERÁRIO. DISCRICIONARIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO.1. Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público contra a Fazenda Pública, objetivando a intervenções em Cadeia Pública. Precariedade das instalações e superlotação. Demanda julgada extinta sem julgamento de mérito. Recurso do autor buscando a inversão do julgado. Inadmissibilidade. Causa madura. Incursão do Poder Judiciário em esfera de critérios de conveniência e oportunidade que só ao Poder Executivo incumbe deliberar. Recurso desprovido para julgar improcedente a Ação Civil Pública.2. Recurso provido para o afastamento da sentença extintiva e, adentrando no mérito

> da pretensão, por força do art. 515, § 3º do CPC, julgá-la improcedente. (1645134420078260000 SP 0164513-44.2007.8.26.0000, Relator: Nogueira Diefenthaler, Data de Julgamento: 01/08/2011, 5ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 03/08/2011, undefined)
>
> Agravo de instrumento. Ação civil pública. Interdição de Cadeia Pública e remoção de detentos. Tutela antecipada indeferida. Insurgência. Descabimento. Ausência dos requisitos legais. Políticas penitenciárias, ademais, que não podem sujeitar-se a alguma "judicialização", na esteira do entendimento da Corte Suprema. Decisão mantida. Recurso improvido. (Agravo de Instrumento nº 0030910-93.2012.8.26.0000 Itaquaquecetuba: Agravante: Defensoria Pública do Estado de São Paulo .Agravada: Fazenda Pública do Estado de São Paulo)
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. Interdição de cadeia pública. Controle jurisdicional possível, em tese. Tutela antecipada. Descabimento na hipótese concreta, entretanto, face à não configuração da verossimilhança da alegação. Situação precária na maioria dos distritos policiais do Estado e sistema prisional operando em seu limite. Alegação de violação da separação de poderes, entretanto, não reconhecida.
> Há limites à amplitude da 'liberdade de escolha' do administrador, tanto no que concerne aos 'efeitos jurídicos da norma' como aos 'pressupostos do fato' (J. J. Gomes Canotilho) . Não haverá discricionariedade na aferição dos fatos relativos ao interesse público, mas somente quanto ao conteúdo da atividade visando esse fim (interesse público, já eleito pela norma). No caso, possibilidade de criar, com a decisão cautelar, o chamado perigo reverso. Recurso provido. (AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 990.10.379657-8. COMARCA: PAULO DE FARIA: AGRAVANTE: FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO: AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO: Juiz de 1" Instância: Marcelo Asdrúbal Augusto Gama)

Por fim, não é demais lembrar que a análise dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada está inserida no poder de cautela do Juiz "a quo", cabendo à via recursal a modificação do "*decisum*" tão-somente em casos de teratologia, abuso de poder ou ilegalidade, que não se revelam presentes na hipótese dos autos.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

É como voto.

Fortaleza, 30 de outubro de 2012.

Agravo de Instrumento nº 8014-53.2008.8.06.0000/0
Agravante: Município de Icó
Agravados: Lindonete Aciole de Freitas e outros
Relator: Desembargador Ademar Mendes Bezerra

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. DECISÃO ANTECIPATÓRIA DOS EFEITOS DA TUTELA JURISDICIONAL CESSANDO A EXIGIBILIDADE DA CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA INSTITUÍDA POR MEIO DA LEI MUNICIPAL Nº 540/2002. POSSIBILIDADE DE COBRANÇA DO TRIBUTO POR FORÇA DA VIGÊNCIA DO ART. 149-A E SEU § ÚNICO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INTELIGÊNCIA DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 39/2002. *FUMUS BONI JURIS.* DESCONFIGURAÇÃO.

I – A verossimilhança das alegações autorais é um dos requisitos inarredáveis para a concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

II – Os autores voltam-se contra a exigibilidade da Contribuição de Iluminação Pública no Município de Icó, instituído por força da Lei nº 540/2002, que possibilitou a cobrança do tributo após a promulgação da Emenda Constitucional nº 39/2002 e que inseriu no corpo normativo da Carta Republicana o art. 149-A e seu § único.

III – Exação que não se demonstra em afronta com o poder de tributar, cláusula pétrea constante do art. 150, I e III, da CF/1988.

IV – Precedentes desta Corte de Justiça.

V – Ausente um dos requisitos para a outorga de medida liminar.

VI – Interlocutória cassada.

Agravo de instrumento conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 8014-53.2008.8.06.0000/0, 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 agravo e prover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo de Instrumento ajuizado contra decisão

proferida pelo MM Juiz da Vara Única da Comarca de Icó que, nos autos da ação ordinária nº 2008.0007.4616-5, concedeu a antecipação de tutela a fim de determinar a cessação da cobrança da COSIP – Contribuição para Custeio da Iluminação pública, nas contas de energia elétrica dos promoventes.

Alega o agravante, em linhas gerais, que o Município agravante instituiu de fato e de direito a Lei nº 540/2002, devidamente fundamentada e autorizada pelo art. 149-A da Carta Magna, que veio permitir aos Municípios e ao Distrito Federal a cobrança de contribuição para custeio da prestação efetiva ou potencial dos serviços de instalação, expansão, melhoramento, manutenção e operação do sistema de iluminação das vias e logradouros públicos, urbanos ou rurais.

Requer, ao final, o deferimento do pedido de efeito suspensivo, em face da possibilidade de sérios prejuízos aos cofres públicos e, no mérito, o provimento do presente recurso.

A contraminuta e as informações não foram apresentadas (fls. 121 e 123).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça ofereceu o opinativo de fls. 128/131.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A interlocutória agravada declarou a inexigibilidade da cobrança da Contribuição de Iluminação Pública (CIP), instituída pela Lei municipal nº 540/2002 e que substitui a exação cobrada por meio da Taxa de Iluminação Pública.

Com efeito, o art. 146-A da CF/1988, advindo com a promulgação da Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, assim prescreve:

> Art. 149-A. Os Municípios e o Distrito Federal poderão instituir contribuição, na forma das respectivas leis, para o custeio do serviço de iluminação pública, observado o disposto no art. 150, I e III.
> Parágrafo único. É facultada a cobrança da contribuição a que se refere o *caput*, na fatura de consumo de energia elétrica.

Portanto, entendo que o requisito relativo à fumaça do bom direito, um dos indispensáveis à concessão da medida liminar em sede de mandado de segurança encontra-se fulminado em face do disposto no art. 149-A e seu § único da Constituição Republicana, considerando que a Lei municipal nº 540/2002 não violou as limitações ao poder de tributar insertas no art. 150, I e III.

Esta é a corrente majoritária no seio do Tribunal de Justiça alencarino:

> **Ementa:** CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REMESSA EX OFFICIO. APELAÇÃO CÍVEL. CONTRIBUIÇÃO

PARA CUSTEIO DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA - CIP. ART. 149-A DA CF/88. INSTITUIÇÃO PELO ENTE MUNICIPAL DE LEI EM OBSERVÂNCIA ÀS LIMITAÇÕES AO PODER DE TRIBUTAR. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PRECEDENTES DO STF E DEMAIS TRIBUNAIS PÁTRIOS.

1. Com o advento da Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002, que fez inserir na Constituição Federal de 1998 o art.149-A, facultou-se aos Municípios a instituição da Contribuição para Custeio da Iluminação Pública - CIP, inexistindo, pois, inconstitucionalidade da Lei Municipal que dá concretude a tal imposição tributária, em razão de encontrar na Carta Magna seu fundamento de validade. Precedentes do STF e demais tribunais pátrios.

2. Observadas as limitações impostas ao poder de tributar insculpidas no art. 150, I e III da própria Constituição, não há que se falar em ofensa à clausula pétrea (art. 60, §4º, IV, CF/88), a saber, o Sistema Tributário Nacional.

3. Remessa e apelo conhecidos e providos. Sentença reformada. (Apelação Cível nº 414-43.2006.8.06.0099/1, Relator Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes, Terceira Câmara Cível, julgado em 01/06/2009)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. TRIBUTO PREVISTO NO ART. 149-A, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1998. INSTITUIÇÃO DA COBRANÇA POR LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE DA EXAÇÃO TRIBUTÁRIA.

I - Com o advento da EC 39/2002, que instituiu o art. 149-A, da Constituição Federal de 1998, é constitucional a cobrança da contribuição de iluminação pública criada por lei complementar município.

II - Não há que se falar em inconstitucionalidade material do art. 149-A, da Constituição Federal, a contribuição de iluminação pública trata-se de um tributo sui generis.

III - Exação que se coaduna com os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

IV - Precedentes do TJCE e do STF.

REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO VOLUNTÁRIA CONHECIDAS E PROVIDAS

Isto posto, conheço do agravo de instrumento e, em consonância com o douto pronunciamento da Procuradoria Geral de Justiça, dar-lhe provimento para cassar a interlocutória *a quo*.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

Mandado de Segurança

PROCESSO Nº 0009655-18.2004.8.06.0000.
TIPO: MANDADO DE SEGURANÇA
IMPETRANTE: MARIA DE LOURDES SILVA ARAÚJO.
IMPETRADO: SECRETÁRIOS DE ADMINISTRAÇÃO e DA FAZENDA DO ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES: FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA:
CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ART. 4º DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 41/03. ADI 3105/DF. CONSTITUCIONALIDADE. EFEITO VINCULANTE. EMENDA CONSTITUCIONAL ESTADUAL Nº. 56/03. MANDADO DE SEGURANÇA DENEGADO.
I – Não há norma, no ordenamento jurídico brasileiro, que imunize os proventos de servidores públicos inativos sobre contribuição previdenciária, pois essa é espécie de tributo, como também, não há direito adquirido com a aposentadoria;
II - Na espécie, a impetrante, pensionista, pleiteia, por mandado de segurança preventivo, que as autoridades coatoras se abstenham de efetuar a contribuição previdenciária de seus proventos sob o argumento de desrespeito a direito adquirido a perceber seus proventos em sua totalidade sem incidência de qualquer desconto previdenciário;
III – Efeito vinculante da ADI 3105/DF. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da contribuição previdenciária instituída pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº. 41/03, nestes termos: "não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento";
IV – É constitucional a contribuição previdenciária instituída pela Emenda Constitucional estadual nº. 56/03, em face do efeito vinculante da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 3105/DF;
V – Segurança denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 0009655-18.2004.8.06.0000, em que são partes as retro indicadas.

Acorda o Órgão Especial deste Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em denegar a segurança nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

A impetrante é pensionista de servidor falecido do Estado do Ceará e aduz que, em decorrência da instituição da contribuição previdenciária para os inativos, determinada pela Emenda Constitucional estadual nº. 56 de 2004 terá um desconto em sua pensão no percentual de onze por cento (11%) e, por isso, impetra a presente ação mandamental preventiva contra as autoridades coatoras sob o fundamento de desrespeito a direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Por fim, requer medida liminar para que as autoridades coatoras se abstenham de efetuar qualquer desconto em seus proventos e, no mérito, o provimento dessa ação.

Petição inicial às fls. 02/61, e documentos acostados às fls. 62/68.

Liminar indeferida, sob o fundamento das ausências dos requisitos da "fumaça do bom direito" e do "perigo da demora", fls. 73/75.

Notificada, o Secretário de Administração do Estado do Ceará informa que o Supremo Tribunal Federal já declarou na ADI 3105/DF a constitucionalidade da contribuição previdenciária instituída no "caput" do art. 41 da Emenda Constitucional nº. 41/03. Portanto, a presente ação perdeu seu objeto e, por conseguinte deve ser extinta, fls. 81/83.

O Ministério Público emitiu parecer pela denegação da presente ação mandamental em decorrência da declaração da constitucionalidade da contribuição previdenciária, fls. 85/87.

É o relato do essencial.

VOTO

A impetrante se insurge, por meio de Mandado de Segurança Preventivo, contra ato iminente de cobrança de contribuição previdenciária a incidir sobre sua pensão a ser perpetrado pelos Senhores Secretários da Administração e da Fazenda do Estado do Ceará amparados pela Emenda Constitucional Estadual nº 56 de 2004. Fundamenta que tal ato desrespeita direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

O Supremo Tribunal Federal na ADI 3105/DF, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, já declarou a constitucionalidade da contribuição previdenciária incidente aos proventos e pensões de servidores públicos inativos, instituída pelo art. 4º da Emenda Constitucional nº. 41 de 2003, como também, declarou que não há norma no ordenamento jurídico brasileiro que imunize os proventos e pensões de servidores públicos sobre contribuição previdenciária, pois essa é espécie de tributo, e que não há direito adquirido com a aposentadoria. Eis um trecho da ementa do acórdão:

> […] No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair "*ad aeternum"* a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento[...]

Reputa-se válida, então, a contribuição previdenciária instituída pela Emenda Constitucional estadual nº. 56/03, em face do efeito vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, no controle abstrato de constitucionalidade, pois, tais normas, têm seus fundamentos constitucionais na Emenda Constitucional nº. 41/03.

Diante de todo o exposto, voto no sentido da denegação da segurança em face da ausência de direito líquido e certo, especificamente, a inexistência de direito à imunidade a contribuição previdenciária.

Sem condenação em honorários advocatícios, em face da vedação legal nos termos do art. 25 da Lei nº. 12.016/09.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 26 de Janeiro 2012.

PROCESSO Nº**:** 0395550-55.2010.8.06.0001
Impetrante: Marcos Aurélio Fernandes da Costa
Impetrado: Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará
Relator: Des. Francisco Auricélio Pontes

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO DISCIPLINAR. EXPULSÃO DE POLICIAL MILITAR DOS QUADROS DA CORPORAÇÃO. NULIDADE DO PROCEDIMENTO – INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVA DA ILEGALIDADE SUSCITADA. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. SEGURANÇA DENEGADA.

I – O *writ* é ação constitucional de rito especial, destinada a proteger direito líquido e certo. Seu processamento se faz mediante a apresentação de prova pré-constituída suficiente a demonstrar o direito reclamado.

II – Ausente a comprovação de que em procedimento administrativo disciplinar ocorreu ferimento ao devido processo legal, não se pode anular a deliberação administrativa apenas com base em suposições.

III – Estando o militar afastado mesmo que por motivo de doença, não pode se eximir de cumprir o regramento ético-disciplinar da categoria, previsto na Lei Estadual nº 13.407, de 21 de novembro de 2003. Esta situação, combinada com a ausência de efetivo desligamento da corporação falta de prova do ato de reforma, impede o reconhecimento da suposta nulidade do procedimento administrativo, sob o argumento de que não era dever do militar-impetrante cumprir as recomendações da legislação castrense.

IV - Segurança não concedida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Mandado de Segurança nº 0395550-55.2010.8.06.0001, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em não conceder a segurança, nos termos do voto proferido pelo relator.

RELATÓRIO:

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar

impetrado por Marcos Aurélio Fernandes da Costa contra suposto ato ilegal imputado ao Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Alega, em síntese, o impetrante que: a) era policial militar na condição de reformado desde 30/03/1988; b) antes de ser reformado foi processado perante a 13ª Vara Criminal de Fortaleza (Processo: 2008.0031.8464-8); c) sempre teve bom comportamento na PM/CE; d) após inquérito policial "especioso", foi denunciado e, alfim, condenado a nove anos de reclusão, julgamento ainda pendente de apreciação recursal nesta Egrégia Corte; e) a aludida sentença não fez menção à condenação acessória correspondente à perda do cargo público; f) ao tempo da instalação do conselho de sentença, o qual resultou em sua expulsão do estamento policial, encontrava-se na condição de militar reformado por invalidez, não sendo, portanto, aplicável ao caso os termos da Lei nº 13.407/2003, porquanto incidente apenas em relação aos servidores ativos e aos da reserva.

Forte neste entendimento, acredita que o procedimento administrativo causou-lhe constrangimento ilegal, motivo pelo qual ingressou perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza com mandado de segurança objetivando o sobrestamento do conselho de sentença, cuja tutela não foi deferida. No entanto, perdeu este *writ* seu objeto, posto que em 31/03/2010, foi publicado o ato de sua expulsão. Afirma que este procedimento se encontra eivado de vícios e nulidades. É que, estando afastado da corporação por reforma, não poderia sofrer os rigores da lei castrense.

Requereu o autor, em sede liminar, a tutela provisória sob argumento de que foi alvo de procedimento ilegal (fumaça do bom direito), além do que necessita da contraprestação pecuniária para custear as suas despesas, de sua esposa e dos três filhos dependentes (perigo da demora).

No mérito, o impetrante suplicou pela anulação da decisão adotada pelo conselho de disciplina militar que resultou na sua exclusão da corporação.

Antes de apreciar a tutela inicial perseguida, esta relatoria, por questão de cautela e em atendimento aos princípios do contraditório e ampla defesa, determinou, mediante despacho de fl. 58, a imediata notificação da autoridade impetrada para apresentar as informações pertinentes ao correto deslinde desta demanda.

Às fls. 68/75, dormitam os esclarecimentos fornecidos pela autoridade impugnada, oportunidade em que sustentou, preliminarmente, a litispendência em relação ao processo de 0083983-37.2009.8.06.0001, ajuizado perante a 2ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, bem como a decadência.

No mérito, o Comandante Geral da Polícia Militar Estadual assevera a legalidade quanto à competência do conselho de sentença concernente ao acusado, uma vez que este não era considerado como militar reformado ao tempo da instalação. No mais, aduz a ausência de direito líquido e certo do impetrante, pois a instauração do procedimento disciplinar se trata, em verdade, de poder/dever da Administração Pública diante de falta funcional, no qual restaram assegurados o contraditório e a ampla defesa.

Por fim, o informante pugna pelo acolhimento das preliminares

levantadas com a consequente extinção da demanda sem julgamento de mérito, ou, caso ultrapassadas, pela integral improcedência deste "writ". Documentos juntos às fls. 76/285.

Esta relatoria, por meio da decisão de fls. 290/296, denegou a liminar requerida e afastou as duas preliminares de litispendência e de decadência.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 300/307, opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.

VOTO

Trata-se de mandado de segurança com pedido de medida liminar impetrado por Marcos Aurélio Fernandes da Costa contra suposto ato ilegal imputado ao Comandante Geral da Polícia Militar do Estado do Ceará.

Nada obstante a alegada repercussão social do pedido, considerando que o impetrante avoca a pessoa dos filhos e da mulher como motivo para sua volta à corporação, seu objetivo não resiste a análise da lei de regência.

Assim, registro que o impetrante deveria na condição de policial militar, mais do que qualquer cidadão comum, zelar pela vida, pelo patrimônio e pela integridade física das pessoas.

Neste sentido a orientação da **Lei Estadual nº 13.407, de 21 de novembro de 2003:**

> **Art.8º - Os deveres éticos, emanados dos valores militares estaduais e que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral, são os seguintes:**
> **IV - servir à comunidade, procurando, no exercício da suprema missão de preservar a ordem pública e de proteger a pessoa, promover, sempre, o bem estar comum, dentro da estrita observância das normas jurídicas e das disposições deste Código.**

Considerando à lei em confronto com os documentos apresentados pela autoridade impetrada, está clara a atividade do autor participando efetivamente de empreitada delituosa, em conluio com outro comparsa também expulso dos quadros da PM/CE, consistente na "invasão de domicílio alheio com a premeditada finalidade de subtrair objetos móveis de outrem, valendo-se, para tanto, de violência e grave ameaça contra pessoa do sexo feminino e crianças, conforme se observa da análise das provas apuradas no procedimento administrativo (fl. 279)".

Não há como se desconsiderar esta prova documental, que fundamenta a exclusão do impetrante da PM, pois são evidentes os atos contrários à legalidade.

Ademais disso, esta prova demonstra e motiva a condenação na seara administrativa combatida por este remédio heroico, que decorreu de atos contrários

aos preceitos éticos contidos no Estatuto da Polícia Militar do Estado do Ceará, não havendo, necessariamente, vínculo com a decisão judicial proferida pela 13ª Vara Criminal de Fortaleza.

Neste contexto, o argumenta do impetrante de que o procedimento instaurado em seu desfavor foi proposto em detrimento ao disposto no art. 2º da Lei de nº 13.407/2003, pois somente cabível apenas contra os militares da ativa ou da reserva, não prospera, conforme se segue:

> Art.2º - Estão sujeitos a esta Lei os militares do Estado do serviço ativo, os da reserva remunerada, nos termos da legislação vigente.

Ora, não está demonstrado nos autos que ocorreu a reforma do impetrante ou que este deixou os quadros da polícia – dito no jargão militar: "perdeu a farda". Isto porque, os documentos de fls. 13/15 foi assinado pelo Diretor do HPM – Hospital da Polícia Militar, mas não resultou em efetiva reforma do impetrante. Pelo menos este documento não se encontra no feito.

O outro fundamento utilizado pelo impetrante com o viso de desconstituir o julgamento administrativo consiste em supostas irregularidades ocorridas durante a tramitação, circunstância que não está demonstrada e muito menos provada neste procedimento sumário constitucional, resultando na impossibilidade de seu conhecimento.

Verificado este ponto, nada há para ser analisada na atividade administrativa, aplicando-se ao caso o seguinte precedente:

> CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO C/C REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO EX OFFICIO. ATO DE EXCLUSÃO. LEGALIDADE. O Estatuto dos Policiais Militares para praças (soldados) que não tenham, ainda, 10 (dez) anos de efetivo serviço, estabelece, como uma das maneiras de desligamento do serviço ativo, o licenciamento, que pode ser "ex officio" ou a pedido, conforme o artigo 109 da Lei nº 6.783/74. O ato administrativo goza da presunção de legitimidade, além do que o afastamento encontra respaldo no Estatuto da Polícia Militar. O apelado manteve, ao longo do período de efetivo serviço, conduta incompatível com o exercício da função que ocupava, sendo tal comportamento de péssima referência para a Corporação Militar do Estado de Pernambuco. O ato praticado pelo Comandante da Polícia Militar de Pernambuco está dentro dos contornos da legalidade e da constitucionalidade, traduzindo a necessária supremacia do interesse público em detrimento do particular. Provimento do reexame necessário. Apelo voluntário prejudicado. Sentença reformada. Decisão unânime. (Apelação Cível nº 0038999-3, 7ª Câmara Cível do TJPE, Rel. Luiz Carlos Figueirêdo. j. 21.03.2006, DOE 04.04.2006).

Diante do exposto, em conformidade com o parecer do órgão ministerial, denego a segurança requestada.

Sem honorários advocatícios, a teor do disposto no art. 25 da Lei de nº 12.016/2009.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 13 de setembro de 2012.

Jurisprudência Criminal

Apelação CRIME

Processo: 104-54.2006.8.06.0061/1 – Reexame Necessário
Origem: Juiz de Direito da Comarca de Carnaubal/CE
Réu: Jurandir Lima de Medeiros.
Relatora: Desa. Francisca Adelineide Viana

EMENTA:
PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INIMPUTABILIDADE. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. REFORMA PROCESSUAL PENAL. LEI Nº 11.689/2008. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 574, II, DO CPP. Recurso não conhecido.
1. A Lei 11.689/08, em vigor desde o dia 09 de agosto de 2008, revogou tacitamente o art. 574, II, do CPP, já que, das decisões proferidas no rito do Tribunal do Júri, *in casu*, de absolvição sumaria (antes prevista no art. 411, agora no art. 415 do mesmo diploma legal) não cabe recurso de ofício. Ademais, a redação disposta no art. 416 do CPP passou a prever recurso apelatório contra as decisões de absolvição sumária.
2. Recurso não conhecido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Reexame Necessário nº 104-54.2006.8.06.0061/1, oriundos da Vara Única da Comarca de Carnaubal/CE, em ação na qual figura como réu Jurandir Lima de Medeiros.

ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em deixar de conhecer do reexame necessário, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 06 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado do Ceará, por sua representante em exercício na Comarca de Carnaubal, ofereceu denúncia contra Jurandir Lima de Medeiros, atribuindo-lhe a prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso II, c/c art. 61, inciso II, letra h, ambos do Código Penal.

Descreve a peça acusatória de fls. 02/06 que, em 1º de novembro de 2006, por volta das 21:00 horas, na área do terreiro da casa do autor, no Sítio Jardim, no município de Carnaubal, o denunciado assassinou de maneira bárbara, fútil e cruel seu parente (tio segundo) Cícero Ferreira de Holanda.

A denúncia foi recebida em 26 de janeiro de 2007, às fls. 36/37.

Após a qualificação e interrogatório do réu às fls. 53/54, diante de dúvida

sobre a integridade psíquica do réu, foi instaurado incidente de insanidade mental e determinada a suspensão do processo.

Consta às fls. 64/65 Perícia Médica e às fls. 83/84 Laudo Pericial, concluindo a perícia por meio da qual se atestou que o acusado, em razão de doença mental, era, ao tempo da infração, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Seguindo o processo trâmite regular, as testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas às fls. 94/97, assim como inquiridas as testemunhas de defesa, v. fls. 98/102.

Concluída a instrução criminal, em audiência, tanto o Ministério Público quanto a Defesa, em sede de alegações finais, às fls. 104, pugnaram pela absolvição sumária do acusado, com fundamento no art. 415, IV, e parágrafo único, do Código de Processo Penal, juntamente com aplicação de medidas de segurança de internação em nosocômio psiquiátrico.

Às fls. 105/112, o Juiz singular, ante a conclusão da perícia feita, sentenciou o réu, absolvendo sumariamente (absolvição imprópria) Jurandir Lima de Medeiros, com fulcro no art. 415, IV, do Código de Processo Penal, aplicando-lhe, no entanto, medida de segurança, nos termos do art. 97, § 1º, do Código Penal, consistente em internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico do Estado, por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, por meio de perícia médica, a cessação da periculosidade, cujo período não poderá ser inferior a um ano.

Observando às disposições do art. 574, inciso II, do CPP, submeteu o Juiz sua decisão ao reexame necessário por parte desta Corte.

Com vista dos autos, a Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 126/127, opinou pela manutenção da decisão que absolveu sumariamente o réu.

Em seguida, vieram-me os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

VOTO

Como já relatado, trata-se de reexame necessário da decisão de fls. 105/112, prolatada pelo Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Carnaubal que, nos termos do art. 415, inciso IV, do Código de Processo Penal, absolveu sumariamente Jurandir Lima de Medeiros da acusação de ter infringido o disposto no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 61, inciso II, "h", do Código Penal, aplicando-lhe medida de segurança, em razão de comprovada inimputabilidade do agente ao tempo do crime, conforme o art. 26 do Código Penal Brasileiro.

Cuidou o Magistrado de determinar a remessa dos presentes autos em grau recursal, independentemente de recurso voluntário, em cumprimento ao art. 573, inciso II, do Código de Processo Penal.

Inicialmente, é de se observar que a jurisprudência vem sustentando que

a Lei nº 11.689/08 revogou tacitamente a hipótese de remessa necessária prevista nos casos de sentenças de absolvição sumária prolatadas no rito do Tribunal do Júri (art. 574, inciso II, do CPP). É que a redação desse artigo assim prevê:

> Art. 574 - Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz:
> I – (...)
> II - da que absolver desde logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do Art. 411.

Ocorre que o art. 411 desse diploma legal antes dispunha:

> Art. 411 - O juiz absolverá desde logo o réu, quando se convencer da existência de circunstância que exclua o crime ou isente de pena o réu (arts. 20, 21, 22, 23, 26, caput e 28, § 1º, do Código Penal - reforma penal 1984), recorrendo, de ofício, da sua decisão. Este recurso terá efeito suspensivo e será sempre para o Tribunal de Apelação.

Com a entrada em vigor da Lei da Lei n° 11.689/2008, sem embargo, o citado dispositivo legal passou a ter a seguinte redação:

> Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate.

Como se pode ver, apesar da reforma, o art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal não foi modificado, no entanto, continua a referir-se a dispositivo que teve redação completamente alterada e não há no art. 415 do mesmo código – que passou a tratar das hipóteses de absolvição sumária, inclusive, ampliando-as – qualquer previsão de recurso *ex officio*.

De outro lado, preconiza a nova redação do art. 416 do mencionado diploma legal que contra absolvição sumária caberá apelação. Dessa forma, olvidou o legislador de alterar aquele artigo, motivo pelo qual a jurisprudência dominante é no sentido de considerar tal dispositivo revogado tacitamente, conforme já comentado.

Acerca da matéria, convém transcrever o esclarecimento de Heráclito Antônio Mossin (In: *Júri:* Crimes e Processo. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p.445):

> "Assunto jurídico que merece ser trazido à baila gravita em torno do recurso voluntário e *ex officio* envolvendo absolvição sumária.
> O art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal, preceitua: 'Os recursos serão voluntários, excetuando-se os seguintes casos, em que deverão ser interpostos, de ofício, pelo juiz [...] II – da [sentença] que absolver desde

> logo o réu com fundamento na existência de circunstância que exclua o crime ou isente o réu de pena, nos termos do art. 411'.
> Como é de fácil aferição, o regramento legal trasladado vincula o recurso obrigatório aos termos do revogado art. 411 do Código de Processo Penal, que determinava que o juiz recorresse de ofício de sua decisão.
> Diante disso, é imperativo concluir-se que a previsão contida no art. 574, inciso II, está intimamente atrelada àquela imposição contida no revogado art. 411 do Código de Processo Penal.
> Nesta ordem de consideração, como o vigente art. 415 do encimado *Codex*, que cuida da absolvição sumária, deixou de prever o recurso de ofício, o inciso II do art. 574 do precitado diploma perde integralmente a sua eficácia.
> Ainda como reforço do argumento, a absolvição sumária prevista para o procedimento comum (art. 397, CPP) não se sujeita ao recurso de ofício, por ausência de previsão legal (adequação).
> Em circunstâncias desse matiz, por questão de sistema e questão de coerência de cunho processual no campo da impugnação, não se pode sustentar que o recuso de ofício, na situação analisada, somente tem cabimento quando a absolvição sumária for proclamada pelo juiz da pronúncia.
> Ainda, diante do contexto objeto de considerações, não se pode perder de horizonte que a *pronunciatio iudicis* que absolve sumariamente o acusado, conforme acima restou consignado, é impugnada por meio do recurso ordinário de apelação.
> Essa modalidade de impugnação, no âmbito do direito processual penal, diferentemente do que ocorre com o recurso em sentido estrito, somente se sujeita ao inconformismo voluntário, afastando-se de sua incidência o de ofício".

Portanto, torna-se imperativo reconhecer que esse tipo de recurso já não mais é admitido por lei, em virtude da revogação tática dos termos do art. 574, inciso II, do Código de Processo Penal, decorrente do advento da Lei nº 11.689/2008.

A propósito, colaciono precedentes jurisprudenciais nesse sentido:

> REEXAME NECESSÁRIO. HOMICÍDIO SIMPLES. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGITIMA DEFESA. REFORMA PROCESSUAL PENAL. LEI N. 11.689/2008. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 574, II DO CPP. APLICAÇÃO DO ART 416 DO CPP. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> **1. Após a vigência da Lei n. 11.689/2008, que alterou os dispositivos previstos no CPP, entende-se que não há mais reexame necessário no caso de absolvição sumária em crimes dolosos contra a vida, fazendo a legislação previsão apenas sobre a interposição de recurso de apelação quando se tratar de crimes de competência do júri, previsto no art. 416 do CPP.**
> **2. Segundo a doutrina e jurisprudência, está revogado tacitamente o dispositivo previsto no art. 574, inciso II do CPP, que dispunha sobre reexame necessário *ex officio* nos casos de absolvição sumária.**
> 3. Recurso não conhecido.
> (TJ/MA, Reexame Necessário nº 33912012, Relator: JOSÉ BERNARDO SILVA RODRIGUES, Data de Julgamento: 26/03/2012, RAPOSA).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO. INIMPUTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL, ANTE AS ALTERAÇÕES ESTABELECIDAS PELA LEI Nº 11.689/08. - À UNANIMIDADE, NÃO SE TOMOU CONHECIMENTO DO RECURSO, SENDO ACOLHIDA A PRELIMINAR SUSCITADA DE OFÍCIO PELO DES. RELATOR.

1. O legislador, através da Lei nº 11.689/08, optou espontaneamente por retirar do dispositivo legal atinente à absolvição sumária (art. 415 do CPP) os dizeres recorrendo, de ofício, da sua decisão, que constava da redação original do artigo, deixando claro que, nesta hipótese, não mais caberá ao juiz remeter os autos ao Tribunal ad quem para o reexame necessário.

2. Deste modo, ante a ausência de previsão legal do reexame necessário, o recurso não deve ser conhecido.

(TJ/PE, Reexame Necessário nº 192904 PE 97003804, Relator: Gustavo Augusto Rodrigues De Lima, Data de Julgamento: 06/04/2010, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 67).

REMESSA NECESSÁRIA. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. INIMPUTABILIDADE PENAL. DOENÇA MENTAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL, ANTE AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI N.º 11.689/08 SUSCITADA DE OFÍCIO. REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 574, II, DO CPP. RECURSO NÃO CONHECIDO.

- A Lei n.º 11.689/08 modificou a redação do art. 411, do Código de Processo Penal, revogando tacitamente o art. 574, II, do mesmo diploma, de modo que não há mais razão em se utilizar o duplo grau de jurisdição obrigatório em casos de absolvição sumária.

(TJ-RN, Reexame Necessário nº 2010.013844-1, Relator: Desª. Maria Zeneide Bezerra, Data de Julgamento: 15/02/2011, Câmara Criminal).

Recurso de ofício. Absolvição sumária. Homicídio simples (art. 121, caput, Código Penal). **Inexistência do chamado reexame necessário, conforme Lei n. 11.689/08, aplicável imediatamente, eis que se cuida de lei processual penal (artigo 2o, do CPP). Revogação tácita do art. 574, II do CPP.** NÃO CONHECIMENTO.

(TJ/SP, Reexame Necessário nº 9141729-27.2001.8.26.0000, Relator: Eduardo Braga, Data de Julgamento: 01/03/2011, 4ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 02/03/2011).

ABSOLVIÇÃO. INIMPUTABILIDADE. APLICAÇÃO DE MEDIDA DE SEGURANÇA. **REMESSA NECESSÁRIA. IMPROPRIEDADE DO RECURSO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESE EM QUE É CABÍVEL APENAS RECURSO VOLUNTÁRIO DE APELAÇÃO CRIMINAL.** QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA AVENTADAS PELA PGJ. NULIDADE ABSOLUTA PELA FALTA DE CURADOR AO INIMPUTÁVEL INEXISTENTE. CURADOR

> NOMEADO NOS AUTOS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA IMPOSSÍVEL. RÉU COM EXTENSA FICHA CRIMINAL. VALOR DA RES FURTIVA PEQUENO, MAS NÃO INSIGNIFICANTE. QUESTÕES AFASTADAS. REMESSA NÃO CONHECIDA.
> (TJ/SC, Reexame Necessário nº 2009.034265-1, Relator: Alexandre d'Ivanenko, Data de Julgamento: 24/09/2009, Terceira Câmara Criminal).

Isso posto, considerando a revogação tácita do art. 574, II, do Código de Processo Penal, pela Lei n° 11.689/2008, e, ainda, a inexistência de previsão de reexame necessário nos casos de absolvição sumária, que passaram a ser previstos no art. 415 do mesmo diploma legal, DEIXO DE CONHECER do presente recurso, o que faço em dissonância com o parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 06 de agosto de 2012.

PROCESSO N°: 1062717-89.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CRIME: 14ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
APELANTE: RAFAEL NEVES COSTA E FERNANDO FILGUEIRAS DE MATOS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. ROUBO QUALIFICADO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PEDIDO DE NOVA DOSIMETRIA PENALÓGICA. IMPOSSIBILIDADE. PENA BASE ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - É descabida a pretensão absolutória por crime cuja autoria e materialidade ressaem indubitáveis do acervo probatório, calcadas nas declarações das vítimas, depoimentos das testemunhas, e apreensão da res furtiva em poder dos agentes momentos após a prática delitiva.

2 - Não há nos autos prova capaz de colocar em dúvida a idoneidade das declarações prestadas pelos agentes de polícia. O entendimento do Superior Tribunal de Justiça é uníssono no sentido da validade do depoimento de policiais, notadamente quando colhidos em juízo, com observância ao contraditório, bem como quando em consonância com as demais provas colhidas na instrução criminal.

3 Inviável o pleito da defesa de nova dosimetria penalógica, tendo em vista que a pena base fora fixada no mínimo estabelecido em Lei.

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em **conhecer** do apelo, para **negar provimento**, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Rafael Neves Costa e Fernando Filgueiras de Matos, qualificados nos autos, foram denunciados pelo representante do Ministério Público da 14ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, como incursos nas sanções do art. 157, § 2°, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 109/115, que condenou os recorrentes nas sanções do art. 157, § 2°, inciso II, do Código Penal

Brasileiro, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime semi-aberto, bem como a pena de multa em 10 (dez) dias multa.

Inconformados com o *decisum,* os sentenciados interpuseram o presente recurso de apelação, nas quais pugnam por suas absolvições, ao fundamento de que as provas colacionadas aos autos são insuficientes para suas condenações, bem como requerem nova dosimetria penalógica já que esta encontra-se exacerbada.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 124/130, seguindo-se de parecer da PGJ, na qual manifesta-se pelo improvimento ao apelo.

É o breve relato.

À Revisora.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Juiz de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, que condenou os recorrentes à pena de 5 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, mais multa, como incursos na sanção do art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal Brasileiro.

Consta na exordial que no dia 31 de outubro de 2006, por volta de 14:00 horas, na Avenida Beira-Mar, os acusados, mediante emprego de violência física, subtraíram dois cordões de ouro das vítimas Flávio Boggian e José Luís Pereira Barbosa. Na ação a segunda vítima perseguiu os réus, momento em que chegaram dois Policiais Militares e efetuaram suas prisões.

Alegam, em suma, os recorrentes, que não existem provas suficientes para as suas condenações, pugnando por este motivo por suas absolvições. Em pedido subsidiário, requerem nova dosimetria penalógica por entender que esta encontra-se exacerbada.

Não há possibilidade de sucesso no pleito recursal, eis que o crime pelos quais foram condenados os agentes encontra no acervo probatório farta e segura demonstração da materialidade e autoria delitivas.

A primeira – materialidade – é apontada pelo Auto de Apresentação e Apreensão de fl. 29. Já a autoria, decorre segura dos depoimentos das vítimas e das testemunhas, bem como pelos demais elementos colhidos no bojo dos autos.

As vítimas, os Senhores Flávio Boggian e José Luís Pereira Barbosa, proprietários dos bens subtraídos, descreveram, de forma coerente, os fatos ocorridos no dia do crime (fls.16/19):

> "(...) avistou cinco elementos sentados em um dos bancos de cimento que fica ali perto, os quais, ao lhe avistarem partiram em sua direção, o

> derrubaram ao solo, e lhe tomaram um cordão de ouro estimado em mais ou menos 3.000,00 EUROS, tendo eles empreendido fuga em seguida todos correram em direção a uma das favelas que fica naquelas proximidades(...) tendo o declarante os reconhecido, de pronto, como sendo dois dos cinco elementos, os quais tinha acabado de assaltar um turista de Cabo Verde(...) diz reconhecer sem sombra de dúvidas, Fernando Filgueiras Matos e Rafael Neves da Costa(...)" (fls. 16/17).
> "(...) que estava caminhando na beira-mar, quando nas proximidades da Peixada do Meio um indivíduo passou e puxou seu cordão de ouro empreendendo fuga em seguida(...) que na delegacia tomou conhecimento que o meliante acima citado trata-se de Fernando Filgueiras de Matos e Rafael Neves da Costa (...)" (fls. 18/19).

Destaco ainda os depoimentos dos Policiais Militares José Simplício de Oliveira e Marcondes Marques Betenmuller, que participaram das prisões dos acusados (fl. 70/71):

> " (…) que estavam de serviço na cabine do César Park, na Avenida Beira Mar, quando recebeu um comunicado de que cinco elementos teriam assaltado dois turistas na Beira-Mar, diante disso saíram do local, onde já encontrou um dos acusados detido pelos turistas e o outro acusado foi pegue pelo depoente na praia, que o depoente só conseguiu recuperar um cordão de uma das vítimas(...)" (fl. 70" (…) quando recebeu um comunicado de que cinco elementos teriam assaltado dois turistas na Beira Mar, diante disso saíram para o local, onde já encontrou um dos acusados detidos pelo turista vítima e outro acusado foi pegue pelo depoente na praia; que o depoente só conseguiu recuperar um cordão de uma das vítimas(...)" (fl. 71).

Vale ressaltar que, nos crimes contra o patrimônio, tanto a palavra da vítima quanto o testemunho prestado por policial assumem especial credibilidade, quando corroborados por outros elementos de prova. Nesse sentido, trago à baila os seguintes julgados do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> *"*PENAL. ROUBO MAJORADO. PALAVRA DA VÍTIMA. TESTEMUNHA POLICIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE AMPARA A CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA.
> **Nos crimes contra o patrimônio, as declarações do ofendido são sumamente valiosas, constituindo-se meio de prova de grande valor.**
> **O testemunho prestado por agente policial, quando em harmonia com as provas dos autos, não contraditado ou desqualificado, resta merecedor de fé na medida em que provém de agente público no exercício de sua função.**
> Conjunto probatório que ampara a condenação. Presente o dolo de subtrair coisa alheia móvel, mediante violência, consistente em ter sido puxada a bolsa da vítima pelos autores do fato, não merece acolhimento, por isso, o pedido de desclassificação do crime de roubo para furto. Apelo improvido" (APR 20090610127044, Rel.: Mario Machado, 1ª Turma Criminal, julgado

em 9/9/10, DJ de 28/9/10, pág. 194 – grifei).

"PENAL. PROCESSO PENAL. ROUBO. DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS. PROVA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CONSEQÜÊNCIAS DO CRIME. PEQUENO PREJUÍZO. PENA REDUZIDA.
1. **A palavra da vítima, em crimes contra o patrimônio, geralmente cometidos em locais com pouca movimentação de pessoas, merece especial relevância. Suficiente como prova para a condenação do réu, o seu reconhecimento seguro realizado pelas vítimas de roubo**.
2. Desfavorável ao réu apenas a circunstância judicial relativa às consequências do crime, injustificável a fixação da pena-base em 6 (seis) meses acima da mínima cominada ao tipo. Especialmente se o prejuízo causado à vítima foi de pequena monta, apenas R$ 56,00 (cinquenta e seis reais).
3. Apelação parcialmente provida para redimensionar a pena" (APR 20080810044479, Rel.: Alfeu Machado, 2ª Turma Criminal, julgado em 9/9/10, DJ de 22/9/10, pág. 269 – grifei).

Portanto, os elementos de convicção trazidos aos autos, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelos apelantes se enquadra perfeitamente ao tipo penal descrito no art. 157, § 2º, inciso II, do Código Penal Brasileiro, contrariando a tese defensiva de que não há nos autos provas suficientes para as condenações dos apelantes.

Já em relação ao segundo ponto do inconformismo, que diz respeito a nova dosimetria penalógica por entender que está exacerbada, penso que a pretensão também não merece ser acolhida.

Na primeira fase da fixação da censura penalógica o juiz sentenciante estabeleceu a basilar em quatro anos reclusão – mínimo legal - . No entanto na segunda fase de aplicação da pena, esta foi aumentada em 1/3 (um terço) pela incidência da majorante do concurso de pessoas, totalizando em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão.

Assim, considerando que na aplicação da pena foram observados rigorosamente os preceitos insculpidos nos artigos 59 e 68, do Código Penal, não há que se falar em injustiça da reprimenda, bem como em possibilidade de sua redução, tendo em vista que esta já fora aplicada no mínimo estabelecido em lei para o delito em questão.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 5 de dezembro de 2011.

Apelação Crime nº. 22523-57.2006.8.06.0000/0
Apelantes: Jucelino Costa da Fonseca, Francisco Fabiano de Lima Ferreira, Carlos Alberto dos Santos Freire e João de Deus Pereira
Apelado: Justiça Pública
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE AGENTES. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. APELOS ARGUINDO A AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO, COM PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E, ALTERNATIVAMENTE, REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO RETROATIVA QUANTO AO CRIME DO ART. 288, DO CP. ACOLHIMENTO. PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE COM RELAÇAO AO DELITO DO ART. 157, § 2º, I E II, DO CP, EM FACE DE TRÊS RÉUS/APELANTES SEREM MENORES DE 21 ANOS AO TEMPO DOS FATOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. RECURSO REMANESCENTE. ELEMENTOS DE PROVA E INDICIÁRIOS QUE DÃO ESTEIO À SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE NÃO FORAM ESPECIFICADAS COMO DESFAVORÁVEIS. APELO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. O recebimento da denúncia pelo Juízo *a quo* ocorreu na data de 24/10/2000, e a sentença condenatória foi publicada em cartório em 25/10/2005. Considerando referidas causas interruptivas da prescrição, e, bem assim, que, tratando-se de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um, isoladamente, forçoso concluir que a pena de 1 (um) ano, alusiva ao crime do art. 288, do CP, restou atingida pela prescrição retroativa, haja vista a extrapolação do prazo prescricional que lhe é correspondente – 4 (quatro) anos –, *ex vi* do art. 109, inciso V, do CP. Preliminar acolhida.

2. Ainda concernente ao instituto da prescrição, diviso sua incidência em momento posterior ao decreto condenatório relativamente a três dos quatro apelantes, porquanto, sendo estes menores de vinte e um anos ao tempo dos crimes, têm reduzidos pela metade os prazos prescricionais que lhes dizem respeito. Tais recorrentes foram apenados, igualmente, em 6 (seis) anos pela prática do crime de roubo duplamente majorado, *quantum* que corresponde ao lapso

prescricional de 12 (doze) anos, o qual, no entanto, é diminuído da metade por força de suas menoridades relativas, resultando, assim, em 6 (seis) anos. Constata-se, desse modo, que, sucedendo a publicação da sentença condenatória em 25/10/2005, o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* com relação ao delito em questão exaurir-se-ia em 25/10/2011, sendo inevitável, neste azo, reconhecer extinta a punibilidade dos respectivos apelantes em face da prescrição superveniente de suas penas, fato que ora se declara com fulcro nos arts. 107, IV, e 109, III, c/c 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal brasileiro.

3. Malgrado a versão de negativa de autoria sustentada pela defesa de João de Deus Pereira, arguindo como escusa que o acusado estaria dormindo em sua residência no momento da ação delituosa, vislumbra-se do cotejo da prova indiciária com os elementos probatórios amealhados ao longo da *persecutio criminis* a convicção necessária para apontar a participação do recorrente nos fatos que lhe são imputados.

4. A abordagem do acusado pelos milicianos, efetuada três dias após o cometimento dos crimes, se deu quando ele estava ao volante do automóvel identificado por testemunhas oculares como aquele que dera fuga aos acusados que adentraram nas dependências das farmácias assaltadas. Anote-se, ainda, que tal veículo também fora identificado por ocasião de outros dois assaltos executados dias antes (14/09/2000 e 29/09/2000) contra mais uma filial da mesma rede de farmácias, revelando aquelas ações delitivas o mesmo *modus operandi* das infrações descritas na denúncia.

5. O corréu/apelante Francisco Fabiano de Lima Ferreira, reconhecido por diversas testemunhas como um dos que praticaram os crimes *sub oculi*, apesar de judicialmente negar suas autorias, declarou perante aquela autoridade judiciária que participara de assalto a uma unidade distinta da multicitada rede de farmácias. Na fase inquisitiva, porém, confessou a prática delituosa descrevendo de forma minudente toda sua dinâmica, afirmando, quanto a João de Deus Pereira, que era "o homem responsável pelo suporte dos assaltos, ou seja, aquele que dá fuga aos demais integrantes do grupo, através do Voyage bege HWB2110".

6. Afora outros subsídios invocados pela Juíza monocrática no provimento guerreado, o conjunto da prova produzida aliado aos demais indícios que exsurgem dos fólios robustecem a convicção da efetiva participação do recorrente João de Deus Pereira nos crimes que lhe foram irrogados, despontando do caderno processual

substrato fático bastante para dar supedâneo à condenação, sem que prevaleça na espécie a solitária alegativa escusatória ventilada pela defesa, a qual se mostra desprovida de quaisquer elementos de prova a lhe dar amparo.

7. Pertinente à rogativa de redução da pena imposta ao apelante João de Deus Pereira, tenho que merece acolhida no que concerne à pena-base arbitrada pela Juíza sentenciante relativamente ao crime do art. 157, do CP, uma vez que a Magistrada excedeu em seis meses o mínimo legal cominado para o tipo sem que explicitasse como desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo códex, motivo pelo qual decoto o acréscimo, mantendo inalterada a fração de 1/3 (um terço) devida às causas de aumento de pena pelo emprego de arma e concurso de pessoas, restando a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

8. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 22523-57.2006.8.06.0000/0, de Fortaleza, em que são apelantes Jucelino Costa da Fonseca, Francisco Fabiano de Lima Ferreira, Carlos Alberto dos Santos Freire e João de Deus Pereira e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao apelo intentado por João de Deus Pereira, apenas no que toca à redução da pena imposta, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. Outrossim, declaram a prescrição retroativa das penas atinentes ao crime do art. 288, do CP, relativamente a todos os recorrentes, extinguindo sua punibilidades quanto a esse delito, e, com relação aos apelantes Jucelino Costa da Fonseca, Francisco Fabiano de Lima Ferreira, Carlos Alberto dos Santos Freire, declaram, ainda, a prescrição superveniente de suas penas referentes ao crime do art. 157, § 2º, I e II, do CP, extinguindo suas punibilidades igualmente por esse delito, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação Crime interpostos por Jucelino Costa da Fonseca, Francisco Fabiano de Lima Ferreira, Carlos Alberto dos Santos Freire e João de Deus Pereira contra a decisão do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal de Fortaleza que, julgando procedente a exordial acusatória, os condenou pela prática dos crimes previstos no art. 157, § 2º, incisos I e II, e art. 288, ambos do Código Penal brasileiro, cominando a cada um a pena definitiva de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida no

regime inicialmente semiaberto, e o pagamento de 10 (dez) dias-multa.

Jucelino Costa da Fonseca argui, preliminarmente, a extinção da punibilidade em relação ao crime capitulado no art. 288, do CP, em virtude da superação do prazo prescricional ocorrida entre o recebimento da denúncia e a prolação do édito condenatório. No mérito, aduz que sua pena-base deveria começar no mínimo legal e que há insuficiência probatória para a condenação (fls. 566/578). Francisco Fabiano de Lima Ferreira sustenta que não foi provada sua participação nos crimes *sub oculi*, impondo-se, assim, sua absolvição (fls. 584/587). Carlos Alberto dos Santos Freire alega, também em sede de preliminar, a prescrição retroativa atinente ao crime de formação de quadrilha, e, meritoriamente, a ausência de provas que apontem, de forma irrefutável, sua participação no fato delituoso, devendo ser empregado o princípio *in dubio pro reo* (fls. 592/596). João de Deus Pereira reitera a mesma preliminar de prescrição antes referida, bem como a aplicação quanto a si do princípio do *favor rei*, pugnando, alternativamente, pela redução da pena imposta (fls. 598/600).

Contrarrazoando o recurso, a representante do Ministério Público afirma que a prova produzida é contundente e indubitável acerca da efetiva participação dos apelantes nos crimes de roubo e formação de quadrilha, requerendo a confirmação da sentença condenatória nos termos em que proferida (fls. 602/606)

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça opinou no sentido de que seja dado provimento em termos aos apelos, apenas no que concerne à alegação de prescrição do crime tipificado no art. 288, do CP, permanecendo incólume a pena aplicada aos recorrentes pelo crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP (fls. 617/621).

Inicialmente distribuído à eminente Desª. Huguette Braquehais, e, ulteriormente, em vista de sua aposentadoria, à ilustre sucessora Desª. Maria Estela Araújo Brilhante, restou o feito, por fim, redistribuído a este Signatário.

É o que importa relatar.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos interpostos, cumpre, de início, examinar a preliminar de prescrição suscitada pelos recorrentes.

A decisão combatida, julgando procedente a denúncia ajuizada, condenou os apelantes nas sanções dos arts. 157, § 2º, incisos I e II, e 288, ambos do Código Penal brasileiro, aplicando-lhes, indistintamente, a pena definitiva de 7 (sete) anos de reclusão, sendo 1 (um) ano referente ao crime de formação de quadrilha, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa.

O recebimento da denúncia pelo Juízo *a quo* ocorreu na data de 24/10/2000 (fl. 82), e a sentença condenatória foi publicada em cartório em 25/10/2005 (fl. 550). Considerando referidas causas interruptivas da prescrição, e, bem assim, que, tratando-se de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um,

isoladamente,[1] forçoso concluir que a pena de 1 (um) ano, alusiva ao crime do art. 288, do CP, restou atingida pela **prescrição retroativa**, haja vista a extrapolação do prazo prescricional que lhe é correspondente – 4 (quatro) anos –, *ex vi* do art. 109, inciso V, do CP.[2]

Ressalto, por oportuno, que o recorrente Jucelino Costa da Fonseca teve suspenso o curso do prazo prescricional entre 07/03/2001 (fls. 174/175) e 17/09/2001 (fl. 250), nos termos do art. 366, do CP. Nada obstante, o somatório do período de suspensão (195 dias) com o prazo prescricional de 4 (quatro) anos também findou superado pelo período que separa os marcos interruptivos da prescrição verificados *in casu*: 5 (cinco) anos, estando, pois, também quanto a si, extinta a punibilidade pelo delito do art. 288, do CP.

Destarte, **acolho a preliminar de prescrição arguida.**

Outrossim, ainda concernente ao instituto da prescrição, diviso sua incidência em momento posterior ao decreto condenatório relativamente a **três** dos quatro apelantes, porquanto, sendo estes menores de vinte e um anos ao tempo dos crimes (fls. 15, 58 e 62), têm reduzidos pela metade os prazos prescricionais que lhes dizem respeito.[3]

Deveras, tais recorrentes foram apenados, igualmente, em 6 (seis) anos pela prática do crime de roubo duplamente majorado, *quantum* que corresponde ao lapso prescricional de 12 (doze) anos,[4] o qual, no entanto, é diminuído da metade por força de suas menoridades relativas, resultando, assim, em 6 (seis) anos.

Constata-se, desse modo, que, sucedendo a publicação da sentença condenatória em 25/10/2005, o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* com relação ao delito em questão exaurir-se-ia em 25/10/2011, sendo

1 Art. 119, do CP – No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

2 Art. 109, do CP – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano, ou, sendo superior, não excede a dois;

3 Art. 115, do CP – São reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos.

4 Art. 109, do CP – [...] III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

inevitável, neste azo, reconhecer extinta a punibilidade dos respectivos apelantes em face da prescrição superveniente de suas penas, fato que ora se declara com fulcro nos arts. 107, IV, e 109, III, c/c 110, § 1º, e 115, todos do Código Penal brasileiro.

Subsiste, porém, a análise do recurso manejado por João de Deus Pereira, segundo o qual não se provou nos autos, sem margem de dúvidas, sua participação no delito *sub examine*, estando ausentes provas acusatórias que deem arrimo à condenação, razão por que pugna por sua absolvição, ou, alternativamente, pela redução da pena imposta.

Conforme narra a peça de denúncia, no dia 02/10/2000, os réus/apelantes, mediante repartição de funções e fazendo uso de armas de fogo, realizaram assaltos sucessivos contra duas filiais das Farmácias Pague Menos, situadas na Rua Lauro Maia e Avenida Desembargador Moreira, nesta Capital, cabendo ao recorrente João de Deus Pereira, que se encontrava na direção de um veículo "Voyage" de cor bege, dar cobertura à ação delitiva promovendo a fuga dos infratores.

Pois bem. Malgrado a versão de negativa de autoria sustentada pela defesa, arguindo como escusa que o acusado estaria dormindo em sua residência no momento da ação delituosa, vislumbra-se do cotejo da prova indiciária com os elementos probatórios amealhados ao longo da *persecutio criminis* a convicção necessária para apontar a participação do recorrente nos fatos que lhe são imputados.

Em seu interrogatório perante a autoridade policial (fl. 34), o próprio apelante admitiu que há um mês e quinze dias contados daquela data havia alugado o veículo Voyage, cor bege, placas HWB 2110, identificado por testemunhas oculares como aquele que dera fuga aos acusados que adentraram nas dependências das farmácias assaltadas. O proprietário da respectiva locadora confirma a locação mediante depoimento e documentalmente (fls. 36/44).

Em juízo, o recorrente confirmou o arrendamento do mencionado carro, pagando semanalmente a quantia de R$ 210,00 (duzentos e dez reais), azo em que também admitiu a prática de um furto de um "toca CD", bem como que respondia a dois outros processos penais por infração ao art. 155, do CP (fl. 89/90).

A abordagem do acusado pelos milicianos, efetuada três dias após o cometimento dos crimes, se deu quando ele estava ao volante do referido automóvel. Anote-se, ainda, que tal veículo também fora identificado (fls. 35 e 196/197) por ocasião de outros dois assaltos executados dias antes (14/09/2000 e 29/09/2000) contra mais uma filial da mesma rede de farmácias, situada na Rua Érico Mota, nº. 727, Bairro Parquelândia, nesta Urbe, revelando aquelas ações delitivas o mesmo *modus operandi* das infrações descritas na denúncia.

Luiz Carlos do Nascimento, policial militar que participou da abordagem do recorrente, ratificando seu testemunho colhido no inquérito policial, asseverou em juízo que, *verbis:*

"[...] foi acionado pelo Capitão Castro para que abordasse a um indivíduo

> que conduzia um veículo Voyage de cor bege, o qual era conduzido pelo acusado João de Deus Pereira; Que o depoente e outros policiais montaram um cerco e abordaram o acusado João de Deus Pereira na Rua Coelho Fonseca, bairro Carlito Pamplona; Que o acusado João de Deus Pereira é bastante conhecido do depoente por prática de furto de veículos; Que o depoente conhece os quatro denunciados, todos por prática de assalto; [...] Que confirma totalmente seu depoimento prestado na delegacia; [...] (fls. 239).

O corréu/apelante Francisco Fabiano de Lima Ferreira, reconhecido por diversas testemunhas como um dos que praticaram os crimes *sub oculi* (fls. 20 e 23), apesar de judicialmente negar suas autorias, declarou perante aquela autoridade judiciária que participara de assalto a uma unidade distinta da multicitada rede de farmácias. Na fase inquisitiva, porém, confessou a prática delituosa descrevendo de forma minudente toda sua dinâmica, afirmando, quanto a João de Deus Pereira, que era "o homem responsável pelo suporte dos assaltos, ou seja, aquele que dá fuga aos demais integrantes do grupo, através do Voyage bege HWB2110" (fl. 15).

A testemunha de defesa relacionada pelo apelante nada acrescentou sobre os fatos apurados (fl. 419).

Com efeito, ao exarar um juízo condenatório, o Judicante submete-se ao princípio do livre convencimento motivado ou da persuasão racional, devendo formar sua convicção com base nos meios de prova e nos indícios concatenados constantes dos autos, decorrentes estes últimos de circunstâncias conhecidas e provadas relacionadas com o fato *sub examine*, não estando, pois, o Magistrado vinculado a alguma prova em especial.Afora outros subsídios invocados pela Juíza monocrática no provimento guerreado, o conjunto da prova produzida aliado aos demais indícios que exsurgem dos fólios robustecem a convicção da efetiva participação do recorrente João de Deus Pereira nos crimes que lhe foram irrogados, despontando do caderno processual substrato fático bastante para dar supedâneo à condenação, sem que prevaleça na espécie a solitária alegativa escusatória ventilada pela defesa, a qual se mostra desprovida de quaisquer elementos de prova a lhe dar amparo.

A jurisprudência nacional não diverge da orientação sufragada, senão vejamos:

> **TJDFT –** APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS. ASSALTO À FARMÁCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO E SUFICIENTE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. **CONDUTA RELEVANTE. DIVISÃO DE TAREFAS. FUGA EM VEÍCULO.** COAUTORIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. **O caderno processual exibe um acervo probatório robusto e coerente, evidenciando incontestavelmente a autoria e a materialidade do delito, de forma a inviabilizar a pretensão absolutória do apelante. A sentença**

fundamentou-se em diversos elementos de convicção, como a anotação da placa do veículo que deu fuga aos agentes criminosos, a apreensão de parte dos bens subtraídos na residência do apelante, a delação do menor envolvido no fato criminoso, bem como os depoimentos das vítimas e dos policiais que participaram das investigações. 2. **O reconhecimento do réu pelas vítimas não é imprescindível, trata-se de mais um elemento de convicção para o Julgador na formação de seu convencimento, sendo que outras provas evidenciaram a autoria delitiva, de forma que a ausência do reconhecimento nada interfere no deslinde final da controvérsia.** 3. Inverossímil a alegação do recorrente de que apenas deu carona aos colegas após o cometimento do roubo, sem saber o conteúdo dos sacos plásticos colocados no porta-malas de seu veículo, quando evidenciado que ele foi até o local do crime com seu veículo, de forma livre e consciente, com a intenção de praticar o crime sobre o qual versa a pretensão punitiva estatal, inclusive tirando proveito do produto do crime, já que alguns medicamentos foram encontrados em seu poder. 4. Não merece guarida o pleito da Defesa de que seja aplicada a causa de diminuição prevista no §1º do artigo 29 do Código Penal, relativa à participação de menor importância, porquanto restou comprovado nos autos que o acusado teve participação decisiva na ação criminosa, dividindo tarefas com seus comparsas, sendo o responsável pela fuga de todos. 5. Recurso conhecido e não provido para manter a sentença que condenou o réu nas sanções do artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, aplicando-lhe a pena de 06 (seis) anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 30 (trinta) dias-multa, no valor mínimo legal. (**Grifos nossos**). (Acórdão n. 428763, 20090910032920APR, Relator ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, julgado em 10/06/2010, DJ 23/06/2010 p. 192)

TJMG – ROUBO MAJORADO - CONCURSO DE PESSOAS - ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFCAÇÃO PARA RECEPTAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - RÉU PRESO NA CONDUÇÃO DA MOTOCICLETA ROUBADA NA MADRUGADA ANTERIOR - DECLARAÇÕES CONTRADITÓRIAS - **NÃO COMPROVAÇÃO DO APELANTE DE ESTAR EM OUTRO LOCAL QUANDO DA PRÁTICA DO CRIME DE ROUBO - DEMAIS INDÍCIOS VEEMENTES DA PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO DELITO. De acordo com o princípio da livre convicção do Juiz, a prova indiciária ou circunstancial tem o mesmo valor das provas diretas, sendo suficientes para dar base a uma decisão condenatória. Nos crimes de roubo, assim como nos de furto, tendo em vista a clandestinidade da ação, a prova direta raramente é alcançada, sendo determinantes os indícios e circunstâncias decorrentes da ação desenvolvida, para se chegar à certeza da condenação, como no caso dos autos.** PENA - FICAÇÃO NO MÍNIMO À ESPÉCIE - MAIOR REDUÇÃO BASEADO NA PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES DO RÉU - FALTA DE INTERESSE RECURSAL. Se a pena foi fixada no mínimo legalmente admitido no processo trifásico empreendido patente a ausência de interesse recursal na avaliação de diminuição da pena em montante superior. Recurso a que se nega provimento. (**Grifos nossos**). (ApCrim nº 9226964-76.2003.8.13.0024 – 1ª Câmara Criminal, Relator: Des.(a) Judimar Biber,

Julgamento: 16/09/2008, Publicação: 26/09/2008).

Pertinente à rogativa de redução da pena imposta ao apelante João de Deus Pereira, em que pese não tenha especificado as razões para a sua minoração, tenho que merece acolhida no que concerne à pena-base arbitrada pela Juíza sentenciante relativamente ao crime do art. 157, do CP, uma vez que a Magistrada excedeu em seis meses o mínimo legal cominado para o tipo sem que explicitasse como desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59, do mesmo códex, motivo pelo qual decoto o acréscimo, mantendo inalterada a fração de 1/3 (um terço) devida às causas de aumento de pena pelo emprego de arma e concurso de pessoas, restando a pena definitiva de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto.

Ex positis, conheço dos recursos interpostos, para dar parcial provimento ao apelo intentado por João de Deus Pereira, apenas no que toca à redução da pena imposta, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto. Outrossim, declaro a prescrição retroativa das penas atinentes ao crime do art. 288, do CP, relativamente a todos os recorrentes, extinguindo sua punibilidades quanto a esse delito, e, com relação aos apelantes Jucelino Costa da Fonseca, Francisco Fabiano de Lima Ferreira, Carlos Alberto dos Santos Freire, declaro, ainda, a prescrição superveniente de suas penas referentes ao crime do art. 157, § 2º, I e II, do CP, extinguindo suas punibilidades igualmente por esse delito, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

PROCESSO: Apelação Crime n. 25397-54.2002.8.06.0000/0 – Fortaleza/CE
APELANTE: Ariosvaldo Borges Patrício
APELANTE: Solon Henrique Costa Milanez
APELADO: Ministério Público Estadual
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PORTE DE ARMA DE FOGO. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. APELAÇÕES DOS ACUSADOS ARIOSVALDO BORGES PATRÍCIO E SOLON HENRIQUE COSTA MILANEZ. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE DOS CRIMES DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA E PORTE DE ARMA DE FOGO. RECURSO PREJUDICADO.

Ocorrência da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, pois, em razão da pena aplicada a ambos os apelantes pelos crimes de formação de quadrilha (3 anos de reclusão para Solon, 2 anos de reclusão para Ariosvaldo), e de porte de arma de fogo (1 ano e 4 meses de reclusão para Solon), do tempo decorrido entre a publicação da sentença (22 de abril de 2002) e o julgamento do recurso de apelação exclusivo da defesa, passaram-se mais de 8 (oito) anos (art. 109, IV, c/c art. 110, § 1º, CP). Apelo prejudicado.

APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. NEGATIVA DE AUTORIA. PROVAS INCONTESTES. APELO NÃO PROVIDO.

I – No tocante ao crime de roubo em sua forma majorada, alegam os apelantes que não há provas que confirmem sua participação no delito. Entretanto, tal alegação é desprovida de sustentação, já que as provas carreadas aos autos são suficientes para delimitar as suas responsabilidades criminais.

II – Nega-se provimento ao apelo, na parte não prejudicada pelo reconhecimento da prescrição, limitando-se a aplicação da pena somente no que tange ao crime de roubo.

ACORDA a 2ª. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em extinguir a punibilidade pela ocorrência da prescrição intercorrente, julgando parcialmente prejudicados os recursos de apelação dos apelantes Solon Henrique Costa Milanez e Ariosvaldo Borgres Patrício, com referência aos crimes de formação de quadrilha e porte de arma de fogo; na parte não prejudicada dos recursos dos apelantes, negou-se provimento, em dissonância ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto do Eminente Desembargador Relator.

Inconformados com a decisão prolatada e publicada em 10 de abril de 2002 (fls. 726/735) que condenou Solon Henrique Costa Milanez pelos crimes de roubo majorado (6 anos e 8 meses de reclusão e 45 dias-multa), formação de quadrilha (3 anos de reclusão) e porte de arma de fogo (1 ano e 4 meses de reclusão e 30 dias-multa), Ariosvaldo Borges Patrício pelos crimes de roubo majorado (5 anos e 4 meses e 30 dias-multa) e formação de quadrilha (2 anos de reclusão) (fls. 314/324), e José Luis de Sousa pelos crimes de receptação, formação de quadrilha e porte de arma de fogo, os acusados Solon Henrique e Ariosvaldo apresentaram recursos apelatórios, requerendo nas razões recursais, em suma, a absolvição, em razão da inexistência de provas bastantes nos autos que confirmem a tese acusatória, notadamente a autoria (fls. 745/749 e 756/758).

Chamado às contrarrazões, o *Parquet* pugnou pelo não provimento das apelações, alegando que a prova dos crimes praticados pelos apelantes são incontestes (fls. 763/769).

Com vistas dos autos, a Procuradoria Geral da Justiça opinou pelo não provimento dos apelos, ante a presença inconteste de provas dos delitos perpretados (fls. 779/780).

Eis, em síntese, o relatório. Passo ao voto.

Há que se reconhecer a extinção da punibilidade relativa aos crimes de formação de quadrilha e porte de arma de fogo imputados ao apelante Ariosvaldo Borges Patrício, no quantum de 3 anos de reclusão e 1 ano e 4 quatro meses de reclusão, respectivamente, e ao crime de formação de quadrilha imputado ao apelante Solon Henrique Costa Milanez, no total de 2 anos de reclusão.

Publicada a sentença em 10 de fevereiro de 2002, o MP, mesmo intimado pessoalmente, não recorreu. Portanto, transitou em julgado com relação à acusação (art. 110, § 1º., CP), o que torna definitiva as penas fixadas, em razão do princípio da proibição da *reformatio in pejus* (art. 617, CPP).

De acordo com a regra exposta no art. 109, IV, do Código Penal, se a pena é maior que dois anos e não excede a quatro, a prescrição dá-se em 8 anos.

Desta feita, se este Egrégio Tribunal de Justiça ainda não se manifestou sobre o mérito recursal mais de 10 anos após a prolação da sentença condenatória transitada em julgado para a acusação, há que se reconhecer a prescrição sob sua forma intercorrente ou superveniente com relação aos crimes de formação de quadrilha e porte de arma de fogo imputados ao acusado Solon Henrique, e também com relação ao crime de formação de quadrilha imputado ao acusado Ariosvaldo.

Veja-se a orientação segura advinda do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. RÉU CONDENADO POR FURTO E ROUBO QUALIFICADO, EM CONCURSO MATERIAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. PRAZO REGULADO PELA PENA REDUZIDA EM SEGUNDO GRAU. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUANTO AO FURTO. PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES

> RECONHECIDOS NA SENTENÇA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMI-ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA IMPOSTA PARA O CRIME DE ROUBO. Verificando-se a fluência do prazo prescricional, pela pena concretizada em segundo grau, entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, transitada em julgado para a acusação, é de ser declarada extinta a punibilidade, quanto ao crime de furto qualificado, em face da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal (artigo 107, IV, c.c. os artigos 109, V, 110, §§ 1º e 2º, 115 e 119, todos do Código Penal). [...]
> (HC 17.472/PB, Rel. Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2001, DJ 22/10/2001, p. 341)

Portanto, não resta outra saída a não ser reconhecer *ex officio* a prescrição punitiva intercorrente com relação aos crimes acima delimitados.

Em síntese, pois, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal, com prejuízo do exame de mérito do recurso interposto, deve ser proclamado nesta instância revisora, face ao disposto no art. 61, do Código de Processo Penal, segundo o qual *"em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício"*.

Bem a propósito, veja-se seguinte aresto:

> Prescrição. Reconhecimento de ofício. Admissibilidade. Aplicação do art. 61 do CPP. Vislumbrando- se existência de prescrição, deve declará-la de ofício, a teor do art. 61 do CPP, ficando prejudicadas as pretensões das partes e pondo-se cobro à demanda. *(TJ/BA – RT 756/621).*

Assim, julga-se prejudicado o exame da apelação interposta pelos acusados, face ao reconhecimento *ex officio* de causa extintiva de punibilidade, nos limites acima indicados para cada apelante.

Passa-se, agora, ao mérito da pretensão recursal dos apelantes Ariosvaldo Borges Patrício e Solon Henrique Costa Milanez, que se fundam na ausência de provas bastantes que comprovem os crime por eles praticados.

Os autos revelam, à saciedade, que houve participação dos apelantes nos delitos a eles imputados – muito embora reconhecida a extinção da punibilidade em relação a alguns deles.

Embora ambos tenham negado a participação nos delitos que lhe foram imputados, em especial o crime de roubo majorado, as testemunhas que efetuaram a prisão em flagrante dos apelantes são assentes em afirmar que ambos praticaram os delitos que lhe foram imputados.

A vítima, em ambos os depoimentos, narrou todo o *iter criminis*, informando que, enquanto Ariosvaldo aguardava no veículo, Solon procedia ao assalto em seu apartamento. Aliás, Ariosvaldo, ao ser preso, confessou que realmente estava no veículo.

A testemunha Elza de Fátima, policial civil (fls. 575), também confirmou

toda a trama delituosa.

Assim, não há que se dar provimento à apelação dos acusados, haja vista a prova inconteste dos autos.

Isto posto, voto no sentido de se extinguir a punibilidade pela ocorrência da prescrição intercorrente, julgando parcialmente prejudicados os recursos de apelação dos apelantes Solon Henrique Costa Milanez e Ariosvaldo Borgres Patrício, com referência aos crimes de formação de quadrilha e porte de arma de fogo; na parte não prejudicada dos recursos dos apelantes, negou-se provimento, em dissonância ao parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

PROCESSO N°: 31744-35.2004.8.06.0000/0
TIPO: APELAÇÃO CRIME
COMARCA: 12ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: PEDRO PAULO ALVES
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSO DE APELAÇÃO - ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR - INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA - CRIME DE VESTÍGIO - AUSÊNCIA DE VIOLÊNCIA NO EXAME DE CORPO DE DELITO QUE ATESTE A MATERIALIDADE - CONDENAÇÃO BASEADA EM CONTRADITÓRIAS DECLARAÇÕES DAS PRETENSAS VÍTIMAS - A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, ENTÃO PREVISTA NO ART. 224, "A" DO CP, A MEU SENTIR, É RELATIVA, AINDA MAIS QUANDO INEXISTENTE EXAME DE CORPO DE DELITO ATESTANDO A VIOLÊNCIA, BEM COMO A PRESENÇA DE CONTRADIÇÃO NA PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA-DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME- IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1.Édito condenatório que se fundamentou, exclusivamente, na absoluta presunção de violência em delitos desse jaez, no que tange a vítimas menores de 14(catorze) anos. Ouso divergir e o faço acostando-me ao entendimento da Corte Uniformizadora da Legislação Federal, dispondo que se o adolescente, maior de 12(doze) anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem discernimento para a prática de ato infracional, a ele se impondo medida socioeducativa, também o tem para consentir no ato sexual.

2.Não desconheço que nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima tem valor significativo; Não ignoro, todavia, que inexiste hierarquia de provas na ritualística penal. A presunção decorre do fato de que tais condutas típicas ocorrem, muitas vezes, às escondidas. Assim é permitida a condenação calcada na prova testemunhal e na palavra da vítima, mas desde que coerentes, harmônicas e coesas, o que não aconteceu *in casu.* A juíza monocrática, na prolatação do *veredicto*, apenou o indigitado, fiada unicamente na versão da ofendida Taciana Alves de Oliveira, acentuando ainda que tanto na delegacia quanto em juízo esta teria sido segura e incisiva em descrever a conduta criminosa do acusado.

3.Ao deitar os olhos na declaração da vítima na fase inquisitiva(fls.19/20), observo que ela não foi segura e incisiva no relato da conduta supostamente perpetrada pelo apelante. A prova testemunhal coletada, igualmente, não foi una, muito menos apta a amparar uma condenação.

4.*"A pedra angular da nova disciplina da prova penal, trazida pela Lei n°11.690/2008, é a vinculação do próprio conceito de prova à observância do contraditório."*(*In* As Reformas no Processo Penal,

de Antônio Magalhães Filho)
5.Ademais, quando o arcabouço probatório se mostrar frágil a sustentar uma condenação, máxime se o laudo de exame de corpo de delito não atesta a materialidade delitiva, por meio da violência, eis que constatada a virgindade da vítima, carece de elementos suficientes eventual condenação. A absolvição é medida que se impõe. Exegese do art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
6.Apelo provido para absolver o réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime n° 31744-35.2004.8.06.0000/0, oriundos do Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Pedro Paulo Alves e a 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 para **dar-lhe provimento**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelatório interposto por Pedro Paulo Alves(fls.103/115), através da diligente Defensoria Pública, acoimando sentença (fls.94/100) do Juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza/CE, condenando-o como incurso no art.214 c/c 224 'a' do CPB, à pena de (06) seis anos de reclusão em regime integralmente fechado.

No inconformismo(fls.103/115) alega, a defesa, em síntese, atipicidade da conduta, eis que, em seu entendimento, a vítima tinha suficiente amadurecimento físico e mental e o réu desconhecia a sua idade, subsidiariamente, clamando pela possibilidade de progressão de regime, acaso entenda a Corte de Justiça pelo improvimento do apelo.

Instado a se manifestar em contra-razões(fls.117/120),o *parquet* originário inclinou-se pela manutenção da sentença vergastada, por estar, no seu entender, em sintonia com as provas carreada aos autos.

Chamada à colação, a douta Procuradoria Geral de Justiça opinou(fls.128/130), pelo conhecimento do recurso, por achar-se tempestivo e, no mérito, pelo seu parcial provimento, somente no que concerne à possibilidade de progressão de regime.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, o presente apelo deve ser conhecido, por

tempestivo e previsto na espécie. Passo, agora, a análise do mérito recursal.

Cuidam os autos, como se infere, de apelação, visando a reforma da sentença do Juízo *a quo* , que condenou o recorrente à pena de 06(seis) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, pela subsunção de sua conduta ao delito tipificado no art. 214 c/c art.224 'a' , da Lei repressiva pátria.

A irresignação recursal merece guarida, pelas razões que passarei a aduzir.

É cediço que o Poder Constituinte Originário, ao elaborar a Carta Magna de 1988, estabeleceu como cláusula pétrea a impossibilidade de alguém ser privado da liberdade sem o devido processo legal. Exegese do art.5º, inciso LIV. Daí a titularidade exclusiva do Estado no exercício do *jus puniendi* daqueles que praticaram algum ilícito penal, por meio da ação penal, sem olvidar o resguardo ao sacrossanto princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa.

A sanção de cerceamento de liberdade, maior bem jurídico do indivíduo, depois da vida, deve ser precedida de procedimento judicial, no âmbito do qual serão produzidas as provas necessárias a corroborar as imputações constantes na denúncia oferecida, assim como as teses defensivas visando afastar a responsabilidade criminal do acusado no evento cuja autoria lhe é atribuída.

Já proclamou a Excelsa Corte: "Nenhuma acusação se presume provada". Rejeita-se, assim, imputação inverossímil ou desprovida de certeza, tanto que ao acusado na lei adjetiva penal se garante o benefício da dúvida, consubstanciado no antigo brocardo *in dubio pro reu*, conforme regramento do art.386 e inciso VII.

O bem jurídico tutelado pela norma penal, com espeque no art.214 c/c art.224 'a' do CPB, hoje revogado pela Lei n° 12.015/09, protege crianças e menores de 14(catorze) anos de práticas sexuais, embora consentidas. Tal dispositivo legal, no entanto, foi introduzido em nosso ordenamento jurídico na década de 1940. Entendeu o legislador que, nessa tenra idade, a autonomia da vontade não seria plena, a ponto de afastar a tipicidade da conduta. Passados 71(setenta e um) anos, forçoso reconhecer que houve uma drástica mudança no comportamento dos adolescentes, refletindo no discernimento para condutas sexuais. Isso é notório. O avanço tecnológico, em que o acesso à informação ocorre em uma velocidade quase instantânea, deixa inconteste a diferença de atitudes da juventude de hoje para aqueloutra, contemporânea à edição do comando normativo.

Em entendendo absoluta a presunção de violência do tipo penal prefalado, seria dar "carta branca" à autoridade policial e eventualmente à índole acusatória do Ministério Público. Aquela para indiciar; este para denunciar ao seu alvitre, subtraindo ao juízo o livre convencimento motivado, observando apenas o critério objetivo de idade das pretensas vítimas para condenar o incriminado.

Parece-me extremo rigorismo, confundível com a responsabilidade penal objetiva, impossibilitar ao julgador a análise da ausência de "*inocentia consilli"* por parte da vítima.

Vamos aos autos.

Em que pese a *persecutio criminis* ter se iniciado tendo como vítimas Hayane de Sousa Menezes e Taciana Alves de Oliveira, somente concernente a esta será condenado o ora apelante, como se vê no édito condenatório(fl.99):

> "[...] Finda a análise da prova colhida nos autos, considero comprovada a autoria do delito de atentado violento ao pudor, imputado ao denunciado Pedro Paulo Alves, pelo que declaro procedente a preambular acusatória de fls.02/03, somente no que se refere à ofendida Taciana Alves de Oliveira, declarando-a improcedente quanto a outra ofendida, nos termos do art.386, VI, ante a ausência de provas para a condenação"

Observe-se o termo de declaração da vítima na fase inquisitória(fls.19/20):

> "[...] QUE informa a declarante que há um certo tempo, tinha conhecimento que o Sr. Pedro Paulo praticava atos libidinosos com algumas garotas de rua e dava dinheiro para elas; QUE entre essas garotas a declarante só conhece a NEGUINHA e a JOJÓ, que são irmãs e moram na mesma na HAYANE(sic); QUE não sabe informar o nome da NEGUINHA; QUE a declarante ouvia comentários que Pedro Paulo dava dinheiro a essas meninas para fazer sexo com elas; QUE no mês de agosto passado a Hayane chamou a declarante para irem à casa do SR. Paulo; QUE HAAONE(sic) disse que queria ir lá porque estava precisando de dinheiro para pagar umas contas; QUE a declarante disse que não queria ir e a HAYANE acabou acabou lhe puxando para casa a de Pedro Paulo; QUE nesse dia o Pedro Paulo não havia as convidado para ir à casa dele; QUE foram por iniciativa de HAYANE; QUE quando chegou à casa de Pedro Paulo, ele mandou que fossem para dentro de um galinheiro que tem no quintal de casa; QUE em seguida o Pedro Paulo também foi para o galinheiro, levando um colchão e um pano para forrar; QUE ficaram os três dentro desse galinheiro; QUE em seguida o PEDRO PAULO passou a alisar as pernas e os seios da declarante por cima da blusa; Que depois ele mandou a HAYANE tirar a roupa e também tirou a roupa dele; QUE PEDRO PAULO E HAYANE ficaram apenas de blusa; QUE PEDRO PAULO ficou em cima de HAYANE fazendo movimentos de quem estava praticando sexo; QUE a declarante estava presente mais não dava para ver maiores detalhes, pois era por volta de oito horas da noite e o quintal estava escuro; QUE a HAYONE ficou deitada com a frente para cima; QUE posteriormente a HAYONE ficou deitada com a frente para cima; QUE posteriormente a HAYONE falou para a declarante que o Pedro Paulo não havia introduzido o pênis em sua vagina, pois o pênis escorregava e ficava esfregando no ânus dela; QUE nesse dia o Pedro Paulo deu R$ 5,00(cinco reais) para a declarante e HAYONE dividirem; QUE no dia 11 de setembro a HAYONE passou, novamente, a convidar a declarante para ir a casa de PEDRO PAULO, QUE foram novamente à casa de PEDRO PAULO, por volta 19:00 horas; QUE nesse dia as coisas aconteceram exatamente como havia acontecido na primeira vez, conforme já relatado;QUE nessa última vez o PEDRO PAULO deu R$10,00(dez) reais para a declarante e HAYONE, QUE quando souberam que havia muita gente no meio da rua, devolveram o dinheiro para ele.

Pelo relato da pretensa vítima à polícia judiciária, corroborado diante da reitora do feito(fls.67/68), esta não descreve com minúcias e riqueza do detalhes o que lhe teria acontecido, mas sim, em relação à prática libidinosa do ora apelante com sua amiga, Hayane de Sousa Menezes, repita-se, aspecto que a douta julgadora não considerou para efeitos de condenação(fl.99).

Por sua vez, verbera que se dirigiu à casa do réu, influenciada pela amiga, também menor. O indigitado não a teria chamado para sua residência. O que de interesse para o agente ministerial traz a vítima, é apenas a estória de que o réu teria alisado as suas pernas e seios por cima da blusa. Ora, patente a ausência da *innocentia consilii* do sujeito passivo, eis que admite que foi novamente na casa do réu sem ser por ele chamada e inclusive, devolveu-lhe o dinheiro, a fim de esconder o ato dos falatórios do vulgo.

Deito os olhos no item 70 da da Exposição de Motivos do Código Penal:

> "[...] O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilli* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de 14(quatorze) anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e dos riscos que corre se se presta à lascívia de outrem"

Acosto-me ainda à corrente doutrinária e jurisprudencial de que se o adolescente maior de 12(doze) anos, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente, tem discernimento para a prática de ato infracional, suportando, inclusive, medida socioeducativa, também o tem para consentir no ato sexual. A jurisprudência sobre o tema:

> "RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DAS OFENDIDAS. CONDUTA ANTERIOR À LEI Nº 12.015/09. RELATIVIZAÇÃO. POSSIBILIDADE DIANTE DAS PECULIARIDADES DA CAUSA.
> "1. O acórdão recorrido encontra-se em harmonia com a nova orientação da Sexta Turma desta Corte, no sentido de que a presunção de violência pela menoridade, anteriormente prevista no art. 224, "a", do Código Penal (hoje revogado pela Lei Nº 12.015/09), deve ser relativizada conforme a situação do caso concreto, quando se tratar de vítima menor de 14 (quatorze) e maior de 12 (doze) anos de idade.
> 2. No caso vertente, as provas constantes dos autos não deixam dúvidas de que as relações sexuais ocorreram com o consentimento das vítimas. Sendo assim, não é possível reconhecer a presunção do art.224 do Código Penal em relação àquelas que, na época dos fatos, contavam com 13 (treze) e 12 (doze) anos de idade.
> 3. Pela simples leitura das peças constantes nos autos, depreende-se que essas duas adolescentes possuíam maturidade e entendimento sobre a sua

> sexualidade e o ato que estavam praticando, não sendo corrompidas ou ludibriadas pelo acusado.
> 4. Entretanto, não há como atribuir capacidade de discernimento à vítima que, na época, possuía apenas 10 (dez) anos de idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual, por se tratar de menor de tão tenra idade.
> 5. Não obstante isso, não vejo como acolher a pretensão do Ministério Público, visto que o Juiz de primeiro grau, ao absolver o recorrido, baseou-se em dois fundamentos autônomos e independentes entre si, quais sejam: a) o caráter relativo da presunção de violência; b) a existência de contradições em aspectos relevantes das declarações das vítimas, suscitando dúvidas e incertezas quanto à autoria do crime.
> 6. Contudo, da leitura das razões recursais, verifica-se que não houve o ataque ao último fundamento. Dessa forma, atrai a incidência, por analogia, da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal, verbis: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.
> 7. Ademais, a inversão do decidido, nesse ponto, demandaria, necessariamente, o reexame do conteúdo fático-probatório constante dos autos, providência esta incompatível com a estreita via do apelo excepcional, por força do enunciado nº 7 da Súmula do STJ.
> Recurso especial a que se nega provimento."(REsp 1189374/MS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/12/2010, DJe 01/02/2011) (grifei).

Respondendo à pergunta formulada pelo agente ministerial, a vítima não titubeou:"[...] que o acusado não sabia da idade da declarante e de Hayane; que na época dos fatos a declarante tinha doze anos de idade e Hayane tinha treze anos de idade;

Este sodalício possui o enunciado sumular de número 16, que relativiza a presunção de violência, em situações em que a vítima apresente compleição física e desenvoltura, induzindo o autor do fato a erro. E Taciana reconhece que o incriminado não sabia de sua idade.

O art.158 do CPP dispõe:"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

A imprescindibilidade desse laudo, em delitos desta estirpe, é corroborada pelo art.564, inc.III, alínea"b" da Lei Adjetiva Penal, senão vejamos:

> "[...] Art.564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos;
> ....
> III-por falta das fórmulas e dos termos seguintes:
> b) o exame de corpo de delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167;"

No caso em tablado, é inconteste a ausência de materialidade delitiva, eis que indagado ao *expert*(fl.24), no primeiro quesito, se a examinanda era virgem, aquele

não titubeou em responder: Sim. Isso mesmo: SIM.

Perfilho o entendimento que em delitos desse jaez, o exame de corpo de delito, demonstrando a violência, é *conditio sine qua non* para a constatação da materialidade delitiva, sem a qual impossível um decreto condenatório. E assim fazendo, explicitei meu pensamento em diversos feitos de minha relatoria, acatado de forma unânime por esse colegiado de togados, observe-se:

> "EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL-APELAÇÃO CRIME-IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA-ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR-INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA CONDUTA TIPIFICADA-AUSÊNCIA DE VESTÍGIO QUE ATESTE A MATERIALIDADE DELITIVA-DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME-IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO-RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO
> 1.Inexistindo prova segura e hábil para condenação do acusado, haja vista contradições e omissões, impõe-se a absolvição, em homenagem ao princípio in dubio pro reu
> 2. Quando o arcabouço probatório se mostrar frágil para amparar uma condenação, sendo o laudo de exame de corpo de delito inconcluso quanto à materialidade delitiva, a absolvição é o caminho. Exegese do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
> 3. Apelo provido"(Apel. Crime n°11722-53.2004.8.06.0000/0, julgado em 20/07/2010, 1ª Câmara Criminal, TJ/CE).
>
> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL-APELAÇÃO CRIME-IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA-ESTUPRO-INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA PRÁTICA DELITIVA-AUSÊNCIA DE VESTÍGIO QUE ATESTE A MATERIALIDADE DELITIVA-DÚVIDA QUANTO À OCORRÊNCIA DO CRIME-IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO-RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1.Inexistindo prova segura e hábil para condenação do acusado, haja vista contradições e omissões, impõe-se a absolvição, em homenagem ao princípio *in dubio pro reu.*
> 2.Quando o arcabouço probatório se mostrar frágil para amparar uma condenação, sendo o laudo de exame de corpo de delito inconcluso quanto à materialidade delitiva, a absolvição é o caminho. Exegese do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.
> 3.Apelo provido.(Apel. Crime n°26109-73.2004.8.06.0000/0, julgado em 20/07/2010, 1ª Câmara Criminal, TJ/CE).

No mesmo sentido: Apel. Crime n°31742-65.2004.8.06.0000/0, TJ/CE, julgado em 25/05/2010 e Apel. Crime n°182-03.2004.8.06.0131/1, TJ/CE, julgado em 13/04/2010)

As demais Cortes de Justiça, harmonicamente, entendem que, para a subsunção da conduta ao delito prefalado, mister é a violência ou grave ameaça, além do vigoroso dissenso da vítima, *ipsis litteris*:

> "-TJAP:" Não constitui crime de estupro a relação sexual que não foi mantida mediante violência ou grave ameaça, ou seja, sem dissenso sincero e positivo, não bastando a oposição passiva, uma recusa meramente verbal, mormente quando a vítima, mulher experiente, mãe solteira, foi flagrada pela irmã praticando ato sexual com o padastro, tendo fantasiado uma história, para justificar-se perante sua genitora"(RDJ16/321). TJAP: "Penal-Processual-Estupro-Oferecendo as provas dúvidas quanto ao constrangimento e, principalmente, quanto ao dissentimento da vítima com o ato sexual, absolve-se o acusado. Precedentes do TJDF"(RDJ 17/140). TJAP: "Não há crime de estupro, quando a vítima se submete à prática sexual sem demonstrar nenhum dissenso sincero e positivo para evitar o ato, máxime quando não restou provado o emprego de violência ou grave ameaça"(RDJ 17/183). TJAP: "1) Não há tipicidade dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor se a vítima não se opõe veementemente aos atos sexuais, com resistência, mas tão só, com recusas puramente verbais em oposição passiva, após a prática de atos libidinosos preparatórios para a conjunção carnal, em balneário ermo, para onde se dirigiu com o réu- 2) Violência ou grave ameaça não comprovadas- 3)Absolvição que se impõe. Apelo provido para absolver o réu"(RDJ 14/235). TJSP:"Estupro é posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, isto é, pela força ou grave ameaça. Supõe dissensão sincera e positiva da vítima, manifestada por inequívoca resistência, não bastando platônica ausência de adesão, recusa meramente verbal, oposição passiva ou inerte ao ato sexual"(RT 607/291) TJGO:"Aceitando a vítima sair em companhia do réu logo depois da prática do ato sexual e dele se despedindo de forma carinhosa, com beijo na face, tais circunstâncias evidenciam a inexistência do crime de estupro"(RT 712/437). TJMG:" No crime de estupro a violência real deve ser provada concludentemente, pena de descaracterizar-se a figura delituosa"(RT 598/398). TJMS:"Decreta-se a absolvição do condenado em crime de estupro porque a sua conduta não se revestiu dos elementos que constituem esse tipo de delito, pois as relações sexuais foram mantidas em concubinato"(RT 685/342).

O insuperável doutrinador, Guilherme de Souza Nucci, leciona:

> "[...]Entendemos não haver a possibilidade legal de se comprovar a materialidade delitiva de um crime que deixa vestígios, por meros indícios. A lei foi clara ao estipular a necessidade de se formar o corpo de delito- prova da existência do crime- através de exame (art.158) (*In* Manual de Processo e Execução Penal, 2010, 5ª Ed. Rt., p.508".

Somente uma prova robusta, sem qualquer resquício de dúvida é capaz de fundamentar privação de liberdade ou de direitos. Do contrário, a falta de evidência, não materializada pelo probatório, desautoriza a punição, pois não se condena na dúvida.

"A certeza é a única base para a condenação"(Francesco Carrara).

Isto posto, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de

Justiça, considerando a insuficiência de prova acostada aos autos, arrimado no art.386, inciso VII, da lei adjetiva penal, conheço do apelo e **DOU-LHE** provimento, absolvendo Pedro Paulo Alves da imputação que ora lhe é feita.

É como voto.

Fortaleza, 6 de março de 2012.

PROCESSO Nº: 40712-44.2010.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL COMARCA DE FORTALEZA 1ª VARA DO JÚRI
APELANTE: FRANCISCO FEITOSA BATISTA
APELANTE: IVO FERREIRA DOS SANTOS
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.
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 não provido. Decisão mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 05 de junho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por FRANCISCO FEITOSA BATISTA, vulgo "Tuquinha" e IVO FERREIRA DOS SANTOS, vulgo "Queixim", com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que os condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, alegando contrariedade da decisão à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo os réus sido submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação pelo crime de homicídio

qualificado, à pena de 17(dezessete) anos de reclusão para o réu Francisco Feitosa Batista e 15(quinze) anos de reclusão, para o réu Ivo Ferreira dos Santos, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

Irresignada com a sentença a defesa apelou, alegando em suas razões (fls. 385/395) que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, tendo em vista a ausência de provas que justifiquem a condenação dos apelantes, nos moldes em que foi proferida, mormente pelo reconhecimento das qualificadoras, pretendendo, por fim, a anulação do julgamento.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo (fls. 397/407).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial do recurso, afastando-se a forma qualificada do crime (fls. 158/161).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por FRANCISCO FEITOSA BATISTA, vulgo Tuquinha e IVO FERREIRA DOS SANTOS, vulgo Queixim, com arrimo no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, contra a sentença que os condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal, à pena de 17(dezessete) anos de reclusão para o réu Francisco Feitosa Batista e 15(quinze) anos de reclusão, para o réu Ivo Ferreira dos Santos, a serem cumpridas inicialmente em regime fechado.

Pretende a defesa a anulação do julgamento, sustentando que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, tendo em vista a ausência de provas que justifiquem a condenação dos apelantes, nos moldes em que foi proferida, mormente pelo reconhecimento das qualificadoras.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: ( ) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS.

> INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)
>
> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL. 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Com efeito, do cotejo dos elementos de prova coligidos, entende-se devidamente comprovada a tese acolhida pelos jurados, de que os réus cometeram homicídio qualificado pela torpeza e pela surpresa.

Vejamos os depoimentos colhidos durante a instrução criminal:

Depoimento da testemunha em juízo, Erineudo Ferreira Lima, (irmão da vítima) (fls. 215/218):

> "(...)que 'Cabelim' lhe contou que chegou ao posto com a vítima, estando essa dirigindo a Saveiro; que chegou uma motocicleta com dois homens, e o garupeiro efetuou o primeiro tiro nas costas de seu irmão; que com esse tiro' Cabelim' correu para a loja de conveniência, mas no meio olhou para os matadores (…) o comentário geral no bairro diz que quem matou seu irmão foi o 'Tuquinha' e 'Queixim', que o 'Tuquinha' é só matador; que o 'Queixim' é traficante (…); que realmente 'Cabelim' foi no dia seguinte a sua casa e assistiram ao programa; que o atirador da reportagem era o 'Tuquinh' e o 'Cabelim' disse que ele se parecia muito, mas não deu certeza, mas sempre dizia que se parecia muito (...)".

Em juízo, a testemunha Egnalda Facundes da Silva (tia da vítima), afirmou que (fls. 219/221):

> "...o 'Tuqinha' disse para seu sobrinho Erineudo que havia recebido R$ 10.000,00 para matar o 'Pires'; que o foi o 'Tuquinha' que atirou no 'Pires'

> e o 'Queixim' era quem pilotava a moto; (…) que 'Pires' morreu por causa de tráfico de drogas(...) que dizem que o 'Cabelim' levou a vítima para o 'cheiro do queijo' (...)".

A testemunha Maria Edileuza Ferreira Lima (mãe da vítima), relatou em juízo que (fls. 222/225):

> "...a vítima estava com R$ 11.000,00 quando foi morta e esse dinheiro desapareceu; que o 'Cabelim' era o braço direito da vítima; que 'Cabelim' viu e sabe de tudo, mas não quer dizer; que 'Cabelim' está envolvido na morte de seu filho; que no dia seguinte a depoente foi ao posto de combustíveis onde seu filho foi morto, e lá um frentista moreno lhe disse que viu tudo; que esse frentista reconheceu 'Tuquinha' e o 'Queixim'; que segundo o frentista, o 'Queixim' era quem pilotava a moto e o 'Tuquinh' atirou; que ele disse também que o 'Queixim' por trás da coluna do posto e o "Tuquinha' o rodeou; que esse frentista conhecia todo mundo(...) Que o mesmo frentista lhe disse que o 'Tuquinha' colocou o dedo em cima da boca, mandando o mesmo frentista ficar calado; (…) que o frentista disse que o primeiro tiro acertou a cabeça da vítima, depois retornou e deu mais dois nas costelas(...) a depoente esclarece que o 'Queixim' disse na prisão que tinha recebido R$ 10.000,00 para matar o 'Pires; que quem ouviu esse fato foi seu próprio filho que estava preso (...)".

A testemunha, Francisco Eronildo da Silva (frentista do posto onde aconteceu o fato delituoso), presenciou o fato, relatando o seguinte (fls. 246/248):

> "(...) estava no posto onde trabalha (...)chegou uma Pampa azul , com dois ocupantes,(...) que logo após Joacir abastecer o carro, chega no local uma moto (…) que reconheceu logo o elemento de apelido 'Tuquinha'; que ele estava sem capacete; que viu 'Tuquinha' pular da moto, já com a arma na mão; que aproximou-se da pampa e efetuou vários disparos no motorista (…) que depois do ocorrido foi que viu que o motorista morto tratava-se do 'Pires' ...".

Por sua vez, a testemunha Cleison Florêncio Monteiro, vulgo "Cabelim," que estava com a vítima na hora do fato, mencionou em juízo que (fls. 250/255):

> "...estava na companhia do 'Pires' (…) após o abastecimento do carro, o depoente viu uma moto passando; que a moto era uma 'Bross' Vermelha, dirigida por um elemento conhecido por 'Queixim', e na garupa ia outro indivíduo de apelido 'Tuquinha' (…) viu o garupeiro da moto descer com uma pistola cromada, vindo em direção ao carro(...) que saiu correndo no rumo da loja de conveniência do posto; que nesse trajeto ouviu quatro tiros; que afirma com certeza que a pessoa que atirou foi o 'Tuquinha'; que mesmo de capacete dava para ver que o piloto da moto era o 'Queixim'(...) que afirma que 'Tquinha' só queria matar o 'Pires' (...)".

Entretanto, os acusados, em plenário (fls. 371/374), negaram a autoria do

fato.

Assim, como se vê, existe amparo probatório suficiente para a tese acatada pelos jurados, não havendo que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, posto que, como exposto anteriormente, somente enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos aquela decisão arbitrária, dissociada de quaisquer elementos de convicção existentes, o que não é o caso.

Como bem asseverou o representante do Ministério Público em suas contrarrazões, o que corroboro, ao considerar que (fls. 397/407):

> "...No instante em que ocorreu o crime, o ofendido não esperava a investida que, de tão rápida e brutal, o impediu de erigir qualquer gesto defensivo. O motivo que animou os apelantes à prática do ilícito tem como base a paga prometida ao apelante Francisco Feitosa Batista. Essa paga é fato culminante de desavenças pretéritas, ao que tudo indica, advindas de desentendimentos quanto à venda e comercialização de substâncias entorpecentes. Em seu intento, foi ajudado por Ivo Ferreira dos Santos (Queixim) na consumação do crime.
>
> Existe, entre as testemunhas, divergência quanto à quantia paga e, entre os apelantes, quem a recebeu, contudo fica claro, nos depoimentos carreados, que houve um pagamento. Repugnante, ignóbil e desprezível. É clara a incidência das qualificadoras hospedadas no inciso I e IV, do §2º do art. 121 da Lei Repressiva Pátria. (...)".

Contudo, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de homicídio qualificado, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva e a presença das circunstâncias qualificadoras reconhecidas pelos jurados.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Portanto, 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]:

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

> 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.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso em tela.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento, devendo ser mantida a condenação dos apelantes.

EM FACE DO EXPOSTO, em consonância com o parecer ministerial, conheço do apelo, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 05 de junho de 2012.

PROCESSO N°: 0479837-48.2010.8.06.0001
APELAÇÃO CRIME: 13ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CEARÁ.
APELANTE: FRANCISCO ANTÔNIO DA SILVA XAVIER
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO E FALSA IDENTIDADE. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE FALSA IDENTIDADE. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.
1. Inexiste delito de falsa identidade, quando o réu preso em flagrante presta declaração falsa acerca de sua identificação civil. Trata-se de fato atípico por não acarretar perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado e ser espécie de autodefesa.
2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por maioria dos votos, em conhecer do apelo, para dar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Francisco Antônio da Silva Xavier, qualificado nos autos, foi denunciado pelo representante do Ministério Público da 13ª Vara da Comarca de Fortaleza, como incurso nas sanções do art. 157, § 2°, incisos I e II e art. 307, ambos do Código Penal Brasileiro.

O processo transcorreu de modo regular, atendidas as formalidades processuais penais, culminando com a decisão de primeiro grau, proferida às fls. 95/104, que condenou o recorrente nas sanções dos arts. 157, § 2°, incisos I e II, do Código Penal Brasileiro, à pena de 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa a ser cumprida em regime fechado, bem como pelo crime do art. 307 do CPB, à pena de 07 (sete) meses de detenção, a ser cumprido no regime semi-aberto.

Inconformado com o *decisum,* o sentenciado interpôs o presente recurso de apelação, conforme se verifica às fls. 105/110, no contexto das quais pugna pela absolvição do crime de falsa identidade, ao fundamento de que ao afirmar em juízo ter outra identidade, estava exercendo seu direito de ampla defesa assegurado pela Carta Magna, tratando-se portanto de um fato atípico.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 117/122, onde se impugna a

alegação do apelante e pede-se para que seja mantida a sentença recorrida.

Em parecer de fls. 130/133 a douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo conhecimento do recurso, posto que tempestivo, e no mérito pelo seu improvimento.

Era o que se tinha a relatar.

À revisora.

VOTO

Feito o devido exame dos autos, há de se dizer, de logo, que o recurso foi interposto tempestivamente, sendo cabível na espécie, daí merecer o pretendido conhecimento.

Assim, uma vez apreciados os requisitos de admissibilidade, passo a analisar as razões recursais.

Busca o recorrente a reforma da sentença que o condenou pelo crime de falsa identidade – art. 307 do Código Penal Brasileiro, absolvendo-o por tratar-se de uma conduta atípica.

Através de uma análise minuciosa dos autos, entendo que merece provimento o pleito do insurgente, pois restou evidente que a conduta do apelado foi meramente defensiva, já que objetivou ocultar seus antecedentes criminais, quando preso em flagrante pela prática do crime de roubo qualificado, tornando-se portanto um fato atípico, já que não acarretou perigo de lesão ao bem juridicamente tutelado.

Nesse sentido, a jurisprudência de outros Tribunais:

> "Falsidade ideológica – Não caracterização – Acusada que ao ser presa em flagrante apresentou-se à Delegacia com nome falso – Espécie de autodefesa – Fato atípico" (TJSP – RJTJSP 1"Declaração falsa de prenome quando da lavratura do flagrante – inexistência do delito quando a afirmação inverídica está sujeita à imediata comprovação por parte da polícia judiciária, através da identificação datiloscópica" (TJSP – TJTJSP 107/430)

Cumpre acrescentar que, este entendimento também é pacífico no Superior Tribunal de Justiça, de que não comete o crime de falsa identidade aquele que, perante autoridade policial, se apresenta com outro nome, procurando ocultar antecedentes criminais negativos, senão vejamos:

> "Furto (pequeno valor). Princípio da insignificância (adoção). Identidade falsa (apresentação). Crime (não constituição).
> 1. A melhor das compreensões penais recomenda não seja mesmo o ordenamento jurídico penal destinado a questões pequenas – coisas quase sem préstimo ou valor. Já foi escrito: 'Onde bastem os meios do direito civil ou do direito público, o direito penal deve retirar-se.'
> 2. É insignificante, dúvida não há, a subtração de fios – destinados à condução de eletricidade – avaliados em dezesseis reais.
> 3. A insignificância, é claro, mexe com a tipicidade, donde a conclusão de

que fatos dessa natureza evidentemente não constituem crime.
4. Do mesmo modo, **a apresentação de documento falso visando-se escapar da ação policial e evitar a prisão não consiste no crime de falsa identidade. Precedentes.**
5. Ordem de **habeas corpus** concedida." (HC nº 81.719/MS, Relator o Ministro **NILSON NAVES**, DJe de 10/8/2009.)

"HABEAS CORPUS . FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. AUTODEFESA. ATIPICIDADE. TENTATIVA DE ROUBO E RESISTÊNCIA. DESDOBRAMENTO. ABSORÇÃO. CONCURSO DE CRIMES. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DE DUAS QUALIFICADORAS. AUMENTO ACIMA DO MÍNIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. INVIABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES. AÇÕES PENAIS EM CURSO. EXASPERAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. AGRAVAMENTO DA PENA. AUSÊNCIA DE EXCESSO. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME FECHADO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA PENA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
1. Não se pode atribuir o crime previsto no art. 307 do Código Penal ao agente que se atribui falsa identidade perante autoridade policial para evitar sua prisão.
2. Para a configuração do delito de resistência é indispensável que haja lapso temporal entre a prática do roubo e a perpetração da violência.
3. A simples presença de duas qualificadoras não acarreta, por si só, o aumento da pena acima do mínimo previsto na lei.
4. Em obediência ao princípio constitucional da presunção de inocência, ações penais em curso não podem ser tidas como maus antecedentes.
5. Não se mostra desarrazoado o agravamento decorrente de reincidência específica do paciente.
6. Considerando que a pena foi fixada em patamar superior a 4 (quatro) anos, a existência de circunstância judicial desfavorável e o fato de o paciente ser reincidente, deve ser estabelecido o regime fechado para o início de cumprimento da pena.
7. Ordem parcialmente concedida." (HC nº 97.857/SP, Relator o Ministro OG FERNANDES , Dje de 10/11/2008.)

Ante o exposto, concedo provimento ao apelo, absolvendo o réu do crime de falsa identidade, devendo o restante da sentença ser mantida em seu inteiro teor, tornando-se a pena do apelante definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, consoante a inteligência do art. 33, § 2º, alínea "b", do Código Penal.

É como voto.

Fortaleza, 2 de abril de 2012.

PROCESSO Nº: 57-54.2009.8.06.0068/1
APELAÇÃO CRIMINAL COMARCA DE CHOROZINHO VARA ÚNICA
APELANTE: ALEXANDRE MENDES DOS SANTOS
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA SESSÃO DO JÚRI. USO DE PROVAS ALHEIAS AOS AUTOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO DEMONSTRADO. SUPOSTA NULIDADE NA APRESENTAÇÃO DAS RAZÕES DO RECURSO. NÃO VERIFICAÇÃO. PRELIMINARES REJEITADAS. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. VERSÃO ACOLHIDA PELOS JURADOS DEVIDAMENTE COMPROVADA NOS AUTOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1.Não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu (art. 563, do CPP e Súmula nº 523, do STF). Na hipótese, não prospera a suposta nulidade arguida pela defesa, alegando que o Ministério Público fez uso de provas alheias aos autos, fazendo referência a declarações do menor, Renato, em outro procedimento, sem, contudo, demonstrar o prejuízo sofrido. Não há, também, como reconhecer a nulidade apontada pelo Ministério Público de que houve vício na apresentação das razões recursais, tendo sido as mesmas apresentadas sem que o patrono do réu tivesse conhecimento dos autos, tendo impossibilitado a defesa de atuar de forma efetiva, todavia, sequer houve suscitação de tal argumento pela defesa, que apresentou as razões mostrando bastante conhecimento acerca do processo. Preliminares rejeitadas.

2.Em decorrência do princípio da soberania dos vereditos, a anulação do julgamento do Conselho de Sentença, sob a alegativa de manifesta contrariedade à prova dos autos, somente é possível quando estiver completamente divorciada dos elementos de convicção constantes dos autos, ou seja, quando proferida em contrariedade a tudo que consta dos fólios, o que não ocorre na espécie.

3.Os jurados podem acolher uma das teses apresentadas, em detrimento de outras, por lhes parecer a que melhor amparo encontra na prova coligida, o que, por si só, não enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos.

4.Na hipótese, a tese acatada pelos jurados encontra forte amparo nas provas colacionadas aos autos, não havendo que se falar em decisão contrária à prova dos autos.

5.Recurso conhecido e não provido.

ACÓRDÃO

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

ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 05 de junho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta por ALEXANDRE MENDES DOS SANTOS, com arrimo no art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, alegando contrariedade da decisão à prova dos autos.

O feito tramitou regularmente, tendo o réu sido submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual entendeu por sua condenação pelo crime de homicídio qualificado, à pena de 12(doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Irresignada com a sentença a defesa apelou, alegando em suas razões (fls. 141/143) que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, vez que o réu agiu em legítima defesa e que as testemunhas ouvidas durante a instrução processual, apenas se referiram ao fato por ouvir dizer, tendo sido insubsistente a prova carreada aos autos. Argui, ainda, a nulidade ocorrida durante o julgamento em plenário, pelo fato do Ministério Público, durante o seu pronunciamento ter feito referência em trechos de declarações do menor de nome Renato, em outro procedimento, para ratificar a sua tese acusatória, utilizando-se de provas alheias aos autos, requerendo, por fim, que seja reconhecida a legítima defesa em favor do recorrente ou que seja reconhecida a nulidade absoluta do julgamento.

Recebido e contrariado o recurso, o Ministério Público pugnou pelo reconhecimento de nulidade na formação do recurso, que se deu sem a vista dos autos e, no mérito, pelo improvimento do apelo (fls. 146/151).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 158/161).

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por ALEXANDRE MENDES DOS SANTOS, com arrimo no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, contra a sentença que o condenou nas tenazes do art. 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, à pena de 12(doze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado.

Primeiramente, ressalto que em relação a petição colacionada às fls. 167/175, intitulada de recurso inominado, tenho que não há como prosperar o pedido de nulidade de todos os atos realizados no processo de apelação desde o momento do cumprimento da ordem precatória e, consequentemente, dado ao peticionante o direito de ofertar, por sua nova advogada constituída, razões do recurso.

Ora, alegou a peticionante que antes do término do prazo para a oferta das razões do apelo o processo fora remetido ao Egrégio Tribunal, todavia, equivocou-se a nobre causídica, uma vez que conforme Ata da Sessão de fls. 114/115, foi pugnado pelo advogado à época regularmente constituído pelo réu, que as razões do recurso fossem oferecidas no Juízo *ad quem*, nos termos do art. 600, §4º, do Código de Processo Penal.

Ademais, muito embora não tenha sido o réu intimado para constituir novo causídico, diante do silêncio do seu advogado constituído em não apresentar as razões do recurso, foi este novamente intimado, apresentando-as, não havendo que se falar em ofensa à garantia da ampla defesa, já que apenas foi reiterado o ato processual, bem como não há que se falar em prejuízo à defesa de forma a amparar a suposta nulidade, incidindo neste caso, o princípio *pas de nullité sans grief*.

Eis o julgado do Superior Tribunal de Justiça.

> PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO CARREADA EM OUTRAS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PLEITO NÃO APRECIADO PELO ÓRGÃO COLEGIADO INFERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
> I - O pleito de desconstituição do decreto condenatório não foi objeto de apreciação e análise do órgão colegiado inferior, o que obsta o conhecimento da matéria por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.
> II - *omissis*
> III **- Para declaração da nulidade é necessária a comprovação do prejuízo. Inteligência dos arts. 563 e 566 do Código de Processo Penal.**
> IV. Recurso desprovido.
> (RHC 29.812/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012)(grifei).

Desta forma, indefiro a referida petição, diante da ausência de amparo legal, porém, acolho a constituição do novo causídico conforme procuração constante à fl. 175, a partir deste momento processual.

Pois bem.

Alegou o apelante suposta nulidade ocorrida durante o julgamento em plenário, pelo fato da Representante do Ministério Público, durante o seu pronunciamento na sessão do júri, ter feito referência a trechos de declarações do menor de nome Renato, em outro procedimento, para ratificar a sua tese acusatória, utilizando-se de provas alheias aos autos, tendo sido tal ato consignado em ata.

Observo que no caso em apreço, foi cumprida a formalidade de constar em

Ata da Sessão do Júri a referida insurgência da defesa, a qual não houve manifestação do Juiz Presidente, porém, tratando-se de nulidade relativa, é de se considerar que, sequer consta nas razões recursais qual teria sido o prejuízo suportado pela defesa com a atitude da acusação.

Ora, é sabido que no processo penal não se declara nulidade de ato se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, conforme o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal e na Súmula 523 do STF, segundo a qual nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

Ademais, nada há nos autos que possa levar a crer que outra seria a atitude do Conselho de Sentença.

Logo, não tendo a Defesa demonstrado efetivo prejuízo para o réu, o que também não se vislumbra na espécie e, em obediência ao princípio *pas de nullité sans grief* e ao mandamento contido no artigo 563 do Código de Processo Penal, não procede a alegada nulidade arguida, razão por que rejeito esta preliminar**.**

Por sua vez, alegou o Ministério Público em suas contrarrazões, preliminarmente, a existência de vício processual na apresentação das razões recursais, sustentando que as contrarrazões foram apresentadas em carta de ordem expedida para intimação do apelante com a finalidade do mesmo constituir novo causídico para apresentação das razões do recurso apelatório e, ao invés de ser dado cumprimento a determinação desta Corte, foi intimado o patrono original do apelante que acabou por apresentar as razões no presente instrumento, tendo o juízo singular, atendendo ao princípio da economia processual, despachado dando vistas ao Ministério Público para apresentação das contrarrazões.

Aduz que tal expediente do magistrado *a quo,* não foi capaz de permitir de forma plena a ampla defesa e o contraditório, pois as razões foram apresentadas sem que o patrono tivesse vista dos autos, da mesma forma como foram as contrarrazões, ou seja, as partes não puderam recorrer aos autos, impossibilitando a defesa de atuar de forma efetiva.

Entretanto, tais argumentos não prosperam.

Com efeito, como bem arguiu a Procuradora de Justiça em seu parecer de fls. 158/161, o que corroboro, ao considerar que:

> "Arvora-se a n. Promotora em arguir a nulidade da formação do recurso. Na verdade, nenhum vício se mostra presente na diligência da coleta das razões do apelo, sendo que se o advogado do acusado não fez carga dos autos, não foi porque lhe foi privado, mas sim porque não quis se dirigir à Secretaria Judiciária do E. Tribunal de Justiça para tanto.
> Aliás, nenhuma suscitação foi feita pelo apelante, que inclusive lançou seu recurso aduzindo mesmo nulidade no julgamento plenário, portanto, bastante situado sobre o processo. Já a n. Promotora, se não lhe foram entregues os autos, deveria ter justificado a impossibilidade de oferecimento das contrarrazões, remetendo o ônus a esta PGJ, que possui dileto membro hábil para o ato em segunda instância, conforme provimento n. 62/2010".

Além disto, como já mencionei anteriormente ao indeferir a petição de fls. 167/175, não houve ofensa à garantia da ampla defesa, uma vez que as razões foram apresentadas pelo causídico à época constituído pelo réu, não tendo sido ocorrido e nem comprovado prejuízo à defesa, incidindo neste caso, o princípio *pas de nullité sans grief*.

Portanto, rejeito também esta preliminar apontada pelo Ministério Público.

Agora, ao mérito.

VOTO-MÉRITO

Sustenta a defesa que a decisão foi manifestamente contrária à prova dos autos, vez que o réu agiu em legítima defesa e que as testemunhas ouvidas durante a instrução processual, apenas se referiram ao fato por ouvir dizer, tendo sido Insubsistente a prova carreada aos autos, requerendo, por fim, que seja reconhecida a legítima defesa em favor do recorrente ou a anulação do julgamento.

A presente apelação ampara-se no art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, que trata da anulação do julgamento do Tribunal do Júri, por manifesta contrariedade à prova dos autos. Nesse sentido, cabe-nos tão somente determinar se o julgamento encontra algum amparo na prova coligida aos autos, ou se realmente está completamente divorciado dos elementos probatórios carreados, ressaltando que somente neste último caso é possível sua anulação, em virtude do princípio da soberania dos vereditos, consagrado na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, *in verbis*: "*é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: ( ) c) a soberania dos veredictos*".

Portanto, somente é passível de anulação a decisão dos jurados quando arbitrária, completamente em desacordo com as provas dos autos, não se incluindo aqui a decisão que, analisando os elementos probatórios, optar por uma das teses apresentadas.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

> **Ementa:** APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ANULAÇÃO DO JULGAMENTO POR CONTRARIEDADE À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. I - Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos vereditos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea c da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando sua decisão for manifestamente contrária à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferida ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que, seguramente, inocorre na espécie. II - Apelo improvido. (Apelação nº 6756200780601371, **Relator Des.** FRANCISCO HAROLDO R. DE ALBUQUERQUE, 1ª Câmara Criminal, julgado em 04/05/2010)

> **Ementa:** RECURSO APELATÓRIO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. RÉU CONDENADO A 15 (QUINZE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA NÃO ACOLHIDA. DECISÃO QUE ENCONTRA APOIO NA PROVA DOS AUTOS. NENHUMA RAZÃO PARA SE ANULAR O JULGAMENTO. SOBERANIA DO CONSELHO DOS SETE PARA OPTAR PELA VERSÃO QUE LHE PARECER MAIS VEROSSÍMIL. 1.As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos (Súmula nº 6 do TJ-CE). 2.Recurso conhecido e improvido. (Apelação nº 435649200380601122, **Relator Des.** HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MAXIMO, 1ª Câmara Criminal, julgado em 05/05/2010).

Com efeito, do cotejo dos elementos de prova coligidos, entende-se devidamente comprovada a tese acolhida pelos jurados, de que o réu cometeu homicídio qualificado pelo uso de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, bem como constata-se não haver provas a corroborar a tese da legítima defesa suscitada pelo apelante.

Vejamos os depoimentos colhidos durante a instrução criminal:

Depoimento da testemunha Francisco Vieira dos Santos na fase policial (fl. 17), o que foi ratificado em juízo (gravação em CD- fl. 62)):

> "(...)na noite do crime estava em casa quando ouviu gritos de alguém (…) vindo da estrada de quem vem da praça do Cedro, e quando foi verificar do que estava acontecendo viu o corpo do 'Joel' todo ensanguentado caído na estrada ainda com vida, não falava nada, pois apresentava na garganta uma furada de faca e sangrava muito (…) Que minutos depois ouviu falar que os autores do crime seriam 'Renato' e 'Alexandre', sendo que o Renato é adolescente; Que, ouviu falar de pessoas presentes ao local do crime que os autores acima mencionados comentaram na praça do Cedro de terem cometido o crime em desfavor do 'Joel'...".

Em juízo, afirmou que não ouviu discussão, apenas os gritos, dizendo: ai, ai...

Na fase policial, José Moura Maciel (dono do bar onde os acusados bebiam anteriormente ao crime) relatou que (fl. 16):

> "(...) realmente vendeu bebidas alcoólicas (cachaça) para as pessoas de 'Geissy' (Geimson de Sousa da Silva), 'George' (George Alves Pereira), 'Alexandre' (Alexandre Mendes dos Santos) e 'Renato'(Renato Roberto Bezerra), após ingerir a bebida os quatro rapazes saíram do bar levando meio litro de cachaça dizendo que iriam beber na praça pública; Que, ainda na mesma noite tomou conhecimento que o 'Joel' foi morto com golpes de faca, tendo como acusado o 'Alexandre' e 'Renato' (...)".

Em juízo, ratificou seu depoimento, acrescentando que chegou a ir olhar o corpo da vítima.

Por sua vez, a testemunha Francisco de Assis Roberto da Costa, que inclusive é tio do "Renato", mencionou em seu depoimento na fase extrajudicial (fl. 14), e ratificado em juízo (gravação em CD – fl. 62) que:

> "(...) soube que o 'Renato' quebrou uma garrafa de cachaça na praça, e o Joel foi reclamar da atitude daquele homem, gerando, assim, um bate-boca entre ambos; Que, o depoente viu quando o 'Renato' passou a arremessar pedras no local onde fica o televisor público, e nesse momento o depoente por ser o vigia da praça foi reclamar do vandalismo praticado pelo 'Renato'; Que nesse momento o Joel já tinha ido embora; Que logo o Renato que estava acompanhado dos amigos 'Alexandre', 'Geissy', saíram pelo beco com destino as suas casas; Que minutos depois o depoente ouviu falar que o 'Joel' foi morto a facadas, (…) minutos depois viu o 'Renato' correndo , passando em frente a praça, pegou duas pedras e arremessou novamente no local onde fica o televisor público; Que, o depoente pode observar que a roupa do 'Renato' estava completamente manchada de sangue; Que muitas pessoas viram a roupa suja de sangue do 'Renato'; Que, muitas pessoas ali presentes comentaram que os autores do crime foram os elementos 'Renato' e 'Alexandre' (...)".

A testemunha George Alves Pereira, afirmou tanto na fase policial (fl. 13) e ratificou em juízo (gravação no CD – fls. 62) que:

> "...os dois amigos 'Alexandre' e 'Renato' continuaram seu caminho; Que passaram-se aproximadamente dez (10) minutos, quando chegou o amigo 'Aurélio' dizendo que os indivíduos 'Renato' e 'Alexandre' mataram com faca o 'Joel'(...) Que, no ano passado, o 'Alexandre' desferiu várias pauladas na cabeça de 'Joel' (...)".

A testemunha Geimson de Sousa Silva, conhecido por "Geissy", afirmou na polícia que (fl. 12):

> "...estava nas proximidades da praça do Cedro, viu os amigos correndo 'Alexandre' e 'Renato', em direção ao matagal ali existente; Que, minutos depois correu comentarios de que 'Alexandre' e 'Renato' tinha assassinado o Joel, no caminho quando este se dirigia para sua casa (...)".

Ao ser ouvido na fase policial, Renato Roberto Bezerra, declarou que (fl. 19):

> "...o declarante e seu amigo 'Alexandre' foi embora, no caminho foram abordados pelo 'Joel', o qual trazia consigo pedras na mão, arremessando em sua direção, e como trazia consigo uma faca e investiu contra 'Joel', desferindo vários golpes pelo corpo da vítima, e, quando já iam saindo a vítima se levantou e veio novamente na direção do declarante e seu amigo, foi nesse instante que seu amigo pegou a sua faca e desferiu contra a vítima (...)".

O acusado, Alexandre, em seu interrogatório em plenário (fls. 102/103), manteve a versão do Renato, de que agiu para se defender.

Assim, como se vê, existe amparo probatório suficiente para a tese acatada pelos jurados, não havendo que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, posto que, como exposto anteriormente, somente enseja a anulação do julgamento por contrariedade à prova dos autos aquela decisão arbitrária, dissociada de quaisquer elementos de convicção existentes, o que não é o caso.

Ademais, resta evidente que o agente praticou o ato homicida sem demonstração da excludente de ilicitude suscitada, como se percebe através do laudo cadavérico de fls. 33/34, diante de tamanha crueldade, o que não corrobora a tese alegada pelo apelante.

Como bem asseverou a Procuradora de Justiça em seu parecer de fls. 158/161, mencionando que:

> "...Não há, com efeito, qualquer dúvida razoável que justifique tibiez na tese acusatória, sendo indiscutível que o agente praticou o ato homicida sem demonstração da excludente de ilicitude suscitada.(...)".

Contudo, as provas dos autos comportam a tese acolhida, qual seja, a de homicídio qualificado, ressaltando que os depoimentos colacionados comprovam a autoria delitiva e a presença das circunstância qualificadora reconhecida pelos jurados.

Destaque-se, ainda, que cabe a escolha entre as teses possíveis exclusivamente ao Conselho de Sentença, constitucionalmente designado para julgar os crimes dolosos contra a vida.

Destarte, não se pode afirmar que a tese acolhida pelos jurados encontra-se completamente divorciada dos elementos de convicção. Na verdade, a tese encontra-se devidamente amparada na prova dos autos, como acima demonstrado. Se essa versão é a mais verossímil, a mais acertada, sequer cabe a esta Corte analisar, em virtude da soberania dos vereditos, cabendo, apenas, perscrutar se existe algum elemento de prova capaz de amparar a tese acolhida pelo Conselho de Sentença.

Portanto, entendo não ser possível a anulação do julgamento do Tribunal do Júri, posto que não houve arbitrariedade em sua decisão, devendo ser a mesma mantida intacta.

Assim leciona Guilherme de Souza Nucci[1]:

> O ideal é anular o julgamento, em juízo rescisório, determinando a realização de outro, quando efetivamente o Conselho de Sentença equivocou-se, adotando tese integralmente incompatível com as provas dos

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

> autos. Não cabe anulação, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova passíveis de surgir.

No mesmo sentido, o entendimento da 2ª Câmara Criminal desta Corte de Justiça:

> **Ementa:** TRIBUNAL DO JURI - SOBERANIA DOS VEREDICTOS - ACOLHIMENTO DE UMAS DAS VERSÕES CONSTANTES NO CONJUNTO PROBATÓRIO - AUSÊNCIA DE JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS - DECISÃO MANTIDA. I- É pacífico na doutrina e na jurisprudência, que, existindo duas teses com respaldo na prova produzida, o acolhimento de uma delas por parte do Conselho de Sentença não faz, a decisão, ser considerada como "manifestamente contrária à prova dos autos", para anular o veredito; II - Apelo improvido. (Apelação nº 93651200080601411, Relator Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 29.01.2010.

Ademais, tal entendimento foi sumulado neste Tribunal, através da Súmula nº 6/TJCE, que diz: "*As decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos*".

É dizer que, somente aquela decisão completamente arbitrária, e contrária à tudo o que consta dos autos, é passível de anulação. A simples opção dos jurados por uma das teses, ainda que não pareça a escolha mais acertada, não permite que a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida seja usurpada pelas autoridades judiciais, as quais não receberam tal competência constitucionalmente. Portanto, a soberania dos vereditos deve prevalecer, sendo mitigada exclusivamente em casos excepcionais, como nas decisões arbitrárias e sem nenhum amparo probatório, o que não ocorre no caso em tela.

Assim, existindo amparo probatório para a tese acatada pelos jurados, resta claro que a decisão não foi arbitrária ou manifestamente contrária à prova dos autos, afastando a hipótese de anulação do julgamento, devendo ser mantida a condenação do apelante.

EM FACE DO EXPOSTO, em consonância com o parecer ministerial, conheço do apelo, para negar-lhe provimento, mantendo a decisão proferida pelo Tribunal do Júri, nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 5 de junho de 2012.

PROCESSO N.°:579-68.2008.8.06.0116/1APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE MADALENA - VARA ÚNICA

APELANTE: PAULO ROBERTO DE ALMEIDA SILVA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 129, §9º, DO CÓDIGO PENAL C/C ARTIGOS 5º E 7º, DA LEI Nº 11.340/2006. ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DE AUDIÊNCIA PREVISTA NO ART. 16, DA LEI Nº 11.340/2006. INOCORRÊNCIA. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. DECISÃO DO STF – ADI 4424. PRELIMINAR REJEITADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONTRAVENÇÃO PENAL. VIAS DE FATO. INVIABILIDADE. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. DE OFÍCIO, RECONHECIDA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.

1. O fato de não ter a vítima ratificado a representação não possui o condão de impedir o prosseguimento processo, tendo em vista que os delitos cometidos sob a égide da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) são de ação penal pública incondicionada. Ademais, o Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, decidiu - por maioria – acerca da constitucionalidade do afastamento das disposições da Lei 9.099/95 aos crimes albergados pela Lei Maria da Penha. Na mesma decisão, entendeu que se procede mediante ação penal incondicionada – sem necessidade de representação – nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico. Preliminar rejeitada.

2. Não há como acolher a pretensão da defesa em desclassificar o delito para vias de fato, uma vez que restou comprovado nos autos a ofensa à integridade física da vítima.

3. Transcorrido o lapso prescricional de 02 anos entre a publicação da sentença e a presente data, extingue-se a punibilidade do réu, pela prescrição intercorrente, não se aplicando ao caso a Lei nº 12.234/10, pois o fato ocorreu em data anterior à sua vigência. Inteligência dos arts. 107, IV c/c art. 109, VI (com a redação dada pela Lei nº 7.209/84) e art. 110, §1º, todos do Código Penal.

4.Recurso conhecido e não provido. De ofício, declarada a extinção da punibilidade do réu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação crime, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, e de ofício, reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, tudo em conformidade

com o voto do Relator.

Fortaleza, 24 de julho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu PAULO ROBERTO DE ALMEIDA SILVA, contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Madalena, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 129, §9º, do Código Penal c/c artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/2006.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo a sentença de fls. 71/75, julgando procedente a denúncia, para condenar o réu à pena de 04 (quatro) meses de detenção.

Irresignada com a sentença a defesa apelou (fls. 79/84), alegando, preliminarmente, a nulidade da decisão pela não realização da audiência prevista no art. 16, da Lei nº 11.340/2006 que permite a renúncia (retratação) da representação perante o juiz, pretendendo, assim, o retorno dos autos ao juízo de origem para oportunizar à ofendida o direito de retratação da representação, anulando os atos processuais que se sucederam a decisão proferida na audiência realizada no dia 09.01.2009. No mérito, requer a reforma da sentença para desclassificar o crime de lesão para a contravenção de vias de fato.

Contrarrazões apresentadas às fls. 86/91.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 97/101, opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta por PAULO ROBERTO DE ALMEIDA SILVA, contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 129, §9º, do Código Penal c/c artigos 5º e 7º, da Lei nº 11.340/2006, à pena de 04 (quatro) meses de detenção.

Preliminarmente, alegou o apelante a nulidade da decisão pela não realização da audiência prevista no art. 16, da Lei nº 11.340/2006 que permite a renúncia (retratação) da representação perante o juiz, pretendendo, assim, o retorno dos autos ao juízo de origem para oportunizar à ofendida o direito de retratação da representação, anulando os atos processuais que se sucederam a decisão proferida na audiência realizada no dia 09.01.2009.

Pois bem.

O juiz singular em sua sentença de fls. 71/75, considerou que:

> "...não deve prosperar a tese esposada pela defesa da nulidade de todos os atos processuais posteriores ao recebimento da denúncia, pela falta de realização da audiência específica para a vítima poder renunciar a representação, uma vez que o crime cometido pelo réu ser de ação pública incondicionada.
> O art. 41 da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha) dispõe em seu texto sobre a inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes que envolvem violência doméstica contra a mulher, (…).
> Pois é justamente o procedimento da Lei nº 9.099/95, em seu art. 88, que exige representação da vítima no crime de lesão corporal leve para a propositura da ação penal.
> Portanto, afastada a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, afasta-se também a necessidade de representação e a possibilidade de retratação da vítima para o caso em exame.
> Ademais, a pena máxima cominada para o crime do art. 129, §9º, do CPB, é de 03 (três) anos, o que do mesmo modo afasta a aplicação da Lei nº 9.099/1995, reforçando a tese de que, *in casu,* se trata de ação penal pública incondicionada.
> (…)
> O crime em tela é de ação penal pública incondicionada, todavia, mesmo que fosse de ação penal pública condicionada, a vítima em nenhum momento demonstrou vontade de renunciar a representação, muito pelo contrário, no seu termo de declarações (fl. 41) ratificou o desejo de representar contra o acusado quando afirma: "*Que a declarante quer que se faça justiça"*.

A meu ver, agiu acertadamente o julgador monocrático, uma vez que o fato de não ter a vítima ratificado a representação não possui o condão de impedir o prosseguimento do processo, por entender que os delitos cometidos sob a égide da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) são de ação penal pública incondicionada.

Ademais, em em recente julgamento (09/02/12) o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), votou pela procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4424, ajuizada pela Procuradoria Geral da República, dando interpretação conforme a Constituição Federal aos artigos 12 (inciso I), 16 e 41, da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

O entendimento da maioria é que não se aplica a Lei 9.099/95, dos Juizados Especiais, aos crimes abrangidos pela Lei Maria da Penha, assim como nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada, independente da representação da vítima.

Eis os recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LEI MARIA DA PENHA. NATUREZA DA AÇÃO PENAL. REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. DESNECESSIDADE. AÇÃO PÚBLICA INCONDICIONADA.
> **1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.424/DF, de relatoria**

do Ministro Marco Aurélio, modificou entendimento majoritário do STJ, reconhecendo a natureza incondicionada da ação penal em caso de crime de lesão corporal, praticado mediante violência doméstica e familiar contra a mulher.
2. Na hipótese, condenado o paciente nas sanções o art. 129, § 9º, do Código Penal, defendia-se que a representação da ofendida é condição de procedibilidade para a ação penal. Diante do acolhimento da orientação da Suprema Corte, o pedido não prospera.
3. Ordem denegada. (HC 222.528/SE, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2012, DJe 11/04/2012).(grifei).

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL E PENAL. LESÃO CORPORAL NO ÂMBITO DOMÉSTICO. AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA. DECISÃO DO STF. EFICÁCIA ERGA OMNES E VINCULANTE. RETRATAÇÃO DA VÍTIMA. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA ESPECÍFICA. QUESTÃO SUPERADA. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. CULPABILIDADE. UTILIZAÇÃO DE ELEMENTOS DO TIPO PENAL. DESCABIMENTO. ANTECEDENTES. PROCESSOS E INQUÉRITOS ARQUIVADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 444/STJ.
1. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADIn n. 4.424/DF, deu interpretação conforme aos arts. 12, I, 16 e 41 da Lei n. 11.340/2006, estabelecendo que, nos casos de lesão corporal no âmbito doméstico, seja leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação penal é sempre pública incondicionada.
2. Em razão da eficácia vinculante e erga omnes das decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, a questão não mais comporta discussão em outros tribunais (art. 102, § 2º, da CF).
3. Diante da posição firmada pelo Pretório Excelso, o disposto no art. 16 da Lei n. 11.340/2006 não tem aplicação aos delitos de lesão corporal, ficando superado, nesse caso, qualquer debate acerca da necessidade de realização de audiência específica para oportunizar a renúncia da representação oferecida pela vítima.
4. O fato de ter havido violação da integridade física e dignidade da mulher não constitui fundamento válido para considerar negativa a circunstância judicial referente à culpabilidade na aplicação da pena do delito de lesões corporais praticadas no âmbito doméstico (art. 129, § 9º, do CP), uma vez que a agressão corporal e a relação marital são elementos integrantes do tipo penal.
5. *omissis*
6. Ordem parcialmente concedida a fim de, afastado o desvalor atribuído à culpabilidade e aos antecedentes, reduzir a pena para 3 meses e 15 dias de detenção, mantidos o regime inicial aberto e a substituição por duas penas privativas de direitos, conforme decidido pelo Tribunal de origem.
(HC 136.333/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2012, DJe 02/04/2012)(grifei).

Portanto, não há que se falar em nulidade e, assim, rejeito a preliminar arguida.

Agora, ao mérito.

VOTO- MÉRITO

Narra a denúncia que, conforme consta no procedimento inquisitório, o acusado manteve um namoro, caracterizado como convivência, durante dois anos com Antônia Meirelene Oliveira Vieira, porém, o relacionamento terminou. Todavia, no dia 17 de maio de 2008, por volta das 19:30 horas, o acusado Paulo Roberto de Almeida Silva, abordou sua ex-namorada nas proximidades da residência do Prefeito Municipal, na cidade de Madalena, ocasião que passou a agredi-la, apertando-lhe o braço e cuspindo-lhe o rosto, além de proferir palavras de baixo calão.

E ainda, depois de registrada a ocorrência na delegacia, o denunciado arremessou um copo de vidro contra sua ex-namorada.

Pretende a defesa, a desclassificação do tipo penal para a contravenção de vias de fato.

De logo, afirmo que não assiste razão ao inconformismo do réu.

A materialidade delitiva restou satisfatoriamente comprovada pelos Exames de Corpo de Delito (lesão corporal) (fls. 09 e 10).

Quanto à autoria, esta ressai induvidosa, muito embora tenha o réu afirmado em seu interrogatório que (fl. 59):

> "...não é verdadeira a acusação que lhe é feita(...) afirma que a vítima se encontrava com outra pessoa dançando em uma festa na escola Álvaro Carneiro, quando o mesmo pegou na sua cintura e pediu para que a vítima dançasse com ele, tendo esta respondido que não queria dançar com o interrogando; Que o interrogando insistiu para a vítima dançasse com ele e nesse momento a vítima deu uma joelhada em suas partes íntimas e lhe deu um empurrão; Que neste empurrão o interrogando se encontrava com um copo de bebida e acabou por molhar a vítima com esta bebida acidentalmente; Que em outro dia o interrogando se encontrou com a vítima na praça central da cidade e procurou conversar com a mesma; Que a vítima perguntou porque o interrogando estava bebendo novamente; Que devido o interrogando saber que a vítima não gostava que ele bebesse jogou a bebida para trás acabando por atingir a vítima que se encontrava ao seu lado; Que em outro dia o interrogando foi a residência da vítima para conversar com a mesma, tendo esta ficado descontrolada e bateu com um pedaço de pau até quebrá-lo; Que após quebrar o pedaço de pau, vítima entrou em sua residência e saiu com uma faca para lesionar o interrogando e neste momento o interrogando segurou os punho da vítima e tomou a faca(...)que a cuspida lhe deu foi involuntária, pois a saliva saiu de sua boca devido ao mesmo ter engolido um besouro; (...)".

Entretanto, tal depoimento não corrobora com a versão apresentada pela ofendida (fl. 41):

> "(...)o acusado abordou a declarante pedindo para a mesma voltar para casa;

> Que a declarante falou para o acusado que não tinha mais nada com ele e por isso não iria voltar para casa(...) no caminho o acusado apertava com muita força o braço da declarante, lhe machucando e ainda cuspiu uma vez em seu rosto; Que o acusado no caminho falava para a declarante que a mesma era 'rapariga', 'puta' e estava no caminho para se encontrar com um 'macho'; (…) quando a declarante saiu da casa da avó de Salete o acusado lhe puxou insistindo para a mesma ir para a casa (…) Que o acusado após ouvir a declarante dize que não iria para casa, arrastou a mesma pelo chão; Que a declarante se machucou com arranhões leves e hematomas no braço (…) o acusado viu a depoente e foi ao seu encontro, tendo neste momento molhado sua mão com bebida alcoólica e passado no rosto da declarante e ainda jogando o copo de bebida na roupa da mesma(...)Que a declarante estava dançando com um rapaz; Que o acusado vendo a declarante dançando, empurrou o referido rapaz e forçou a declarante a dançar com ele; Que quando o acusado dançava com a declarante o mesmo lhe apertava com muita força e lhe dava beliscões(...)".

O depoimento da vítima se mostra coerente com a prova oral colhida. Vejamos o que mencionou a testemunha Maria Salete de Melo de Castro (fl. 42):

> "...a depoente se encontrava com a vítima Meirilene próximo a casa do Prefeito Municipal, Sr. Antônio Wilson de Pinho; Que o acusado abordou a vítima e pediu para conversar com ela; Que a vítima disse que não tinha nada para conversar com ele; Que o acusado seguiu juntamente com a depoente e a vítima para casa da avó da depoente; Que neste percurso o acusado agredia a vítima arrastando-a pelo chão e ainda cuspiu em seu rosto; Que a vítima entrou na casa da avó da depoente e lavou o rosto; (…) o acusado se encontrava na calçada esperando as mesmas; Que neste momento o acusado levou a vítima para casa; Que a depoente pediu para o acusado parar de agredir a vítima(...) Que o acusado passou num carro rindo da vítima, porque não havia nenhum policial da Delegacia(...) quando se encontravam na praça, o acusado molhou a mão com bebida e passou no rosto da vítima e ainda puxou sua saia e jogou o restante da bebida(...)nesta festa a vítima quando dançava com um rapaz viu o acusado empurrar o referido rapaz e forçar a vítima a dançar com ele; Que quando dançava com a vítima o acusado lhe dava vários beliscões, tendo ainda jogado bebida em seu corpo para que a mesma não dançasse com mais ninguém(...) ".

Desta feita, percebe-se que a palavra da vítima encontra-se consistente, corroborando com o contexto probatório, mormente com o depoimento da testemunha Maria Salete de Melo de Castro (fl. 62), bem como os autos de exames de lesão corporal (fls. 09/10), que atestaram que houve ofensa a integridade corporal ou à saúde da vítima.

Vale ressaltar que, nos crimes desta espécie, geralmente praticado às escondidas, a palavra do ofendido assume relevante valor probatório, tratando-se de elemento fixador da autoria. Diante das provas apresentadas, indubitável que a palavra da vítima, se coerente, é dotada de maior credibilidade frente à palavra do réu que, evidentemente, falta com a verdade para se auto defender, o que se percebe ter ocorrido

no caso em questão.

Ademais, conforme consta nos autos de exames de lesão corporal (fls. 09/10), verifica-se que as agressões perpetradas pelo réu causaram lesões na vítima, o que denota que a sua conduta se amolda perfeitamente ao tipo penal insculpido no art.129, §9º do CPB, não havendo, assim, como acolher a pretensão da defesa em desclassificar o o referido delito para a contravenção penal de vias de fato, uma vez que, como já dito, restou cabalmente comprovada a ofensa à integridade física da ofendida.

Neste sentido é o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PROCESSO PENAL - LESÃO CORPORAL - PALAVRA DA VÍTIMA - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - DESCLASSIFICAÇÃO PARA VIAS DE FATO - NÃO CABIMENTO - LEGÍTIMA DEFESA - AUSÊNCIA DE PROVA - RECURSO NÃO PROVIDO. - **Em delitos ocorridos no âmbito doméstico, há de se prevalecer a palavra da vítima sobre a negativa do acusado, máxime quando a mesma se apresenta firme e coerente com a dinâmica dos fatos e demais provas. - Restando comprovada a ofensa à integridade física da vítima, não há como se reconhecer a atipicidade da conduta ou a desclassificação para vias de fato. -** A alegação de legítima defesa impõe, àquele que a invoca, o ônus inafastável de demonstrá-la de forma inconcussa e estreme de dúvida. (Apelação Criminal n° 1.0555.08.008564-3/001 - Relator: Des. Furtado de Mendonça; Data do Julgamento: 22.02.2011; Data da Publicação: 11.03.2011)(grifei).

Desta forma, não obstante a irresignação do ora recorrente, a condenação encontra sólido fundamento nas provas e indícios colhidos ao longo da instrução processual, tendo em vista que da análise do conjunto probatório restou devidamente comprovado que o mesmo praticou lesão corporal contra sua ex-namorada, afastada qualquer dúvida quanto à autoria e materialidade do delito, impondo-se a condenação firmada na referida sentença.

Entretanto, verifico a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade intercorrente, que deve ser reconhecida, de ofício, por esta Corte, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.

É que a pena aplicada ao réu, como se vê às fls. 71/75, foi fixada em 04 (quatro) meses de detenção, e a sentença publicada em 20 de julho de 2010, ou seja, há mais de 02 (dois) anos.

O art. 109, inciso VI, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 7.209/84, dizia:

> Art. 109 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:
> VI - em **dois anos**, se o máximo da pena é inferior a um ano.

Portanto, encontra-se prescrita a pretensão punitiva do Estado, vez que

entre a data da publicação da sentença e a presente data, já se passaram mais de 02 (dois) anos.

Ressalto que o dispositivo em comento somente teve nova redação com o advento da Lei nº 12.234, de 2010, que entrou em vigor em 06 de maio de 2010, data posterior à data do fato objeto desta ação, não podendo a legislação novel retroagir em prejuízo do réu. Vejamos:

> Ementa: APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ESTELIONATO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. Réu maior de 70 anos na época do fato. Recurso da acusação que postula, apenas, o aumento da pena pecuniária para 1 salário mínimo. Transcurso de mais de 1 ano da data da sentença. **Prescrição configurada, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c artigo 109, inciso VI e artigo 115, todos do Código Penal, pois fato ocorrido antes da vigência da Lei n° 12.234/2010.** DECRETADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. MÉRITO PREJUDICADO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70036705994, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em 28/09/2011)

Declaro, pois, extinta a punibilidade do réu, em virtude da prescrição intercorrente, com base nos arts. 107, IV c/c art. 109, VI (com a redação dada pela Lei nº 7.209/84) e art. 110, §1º, todos do Código Penal, posto que alcançado o lapso prescricional entre a data de publicação da sentença e a data do presente julgamento.

DIANTE DO EXPOSTO,

em consonância com o parecer ministerial, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento, mantendo a sentença nos termos em que foi proferida. De ofício, declaro extinta a punibilidade do réu, em virtude da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

É como voto.

Fortaleza, 24 de julho de 2012.

PROCESSO N°: 5822-63.2000.8.06.0151/1
TIPO: APELAÇÃO CRIME
ORIGEM: 1ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ/CE.
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO.
APELADO: EDUARDO SÉRGIO NOBRE ALMEIDA
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 II e IV, CP) e submetido a julgamento pelo Tribunal Popular, o acusado restou absolvido da imputação, por terem os juízes leigos acatado a 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 da prova inibe a tese defensiva havendo probante testemunhal na fase inquisitorial corroborado pelo produzido na fase judicial, que diverge do entendimento do Conselho de Sentença.

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 5822-63.2000.8.06.0151/1, oriundos do Juízo da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/Ce, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, o Ministério Público e Eduardo Sérgio Nobre Almeida.

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 consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

O Ministério Público oficiante na 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE denunciou(fls.05/08) Sérgio Nobre de Almeida, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º incisos II e IV, do CPB, atribuindo-lhe, juntamente com outro corréu, o assassinato de Expedito Pordeus Lima, fato ocorrido por volta das 02:40 horas do dia 03 de agosto de 1990, nas dependências internas do Motel Skala, localizado à margem esquerda da pista asfáltica que dá acesso ao açude Cedro, em Quixadá/Ce.

Ultrapassada a instrução processual, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, o apelado foi pronunciado(fls.119/121) 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 argumentação defensiva, entendeu por absolver Eduardo Sérgio Nobre Almeida da acusação(fl.543).

Recurso do Ministério Público, argüindo a nulidade do julgamento, com espeque no art. 593 do CPP, por entender que se deu em contrariedade ao probante acostado(fls.575/581).

Contra-razões pela manutenção da decisão dos juízes leigos (fls. 598/608).

Nesta superior Instância, com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, esta opinou pelo provimento do recurso(fls.618/622).

É o relatório.

VOTO

No apelatório, o *Parquet* objetiva ver desconstituído o veredicto do Conselho de Sentença da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE, que acatou a negativa de autoria, ensejando a absolvição de Eduardo Sérgio Nobre Almeida.

Consta dos autos que, por volta de 02:40 horas do dia 03 de agosto de 1990, nas dependências internas do Motel Skala, localizado à margem esquerda da pista asfáltica que dá acesso ao açude Cedro, o denunciado teria assassinado a tiro de escopetas, a pessoa de Expedito Pordeus Lima, empregado daquela casa e que se encontrava de serviço naquela madrugada, consoante laudo de exame cadavérico(fl.13). O apelado, juntamente com Francisco Augusto Alencar Pinheiro, teria cometido o excídio de forma fria e banal. Este utilizando-se de revólver; aquele de escopeta.

O incriminado ficou alojado no apartamento de nº09, em companhia de Regina Carneiro Saraiva, enquanto o outro corréu Francisco Augusto e Alberlene ficaram no apartamento n°10. O ora apelado, segundo consta na delatória, resolveu sair primeiro, e por meio do interfone, solicitou à portaria do retro-mencionado estabelecimento a transferência da conta do apartamento, já que o segundo réu, iria arcar com todas as despesas.

Na saída, a vítima não permitiu a liberação da passagem do apelado

Eduardo, daí surgindo um entrevero entre aquela e este. A desditosa vítima teria recebido 02(dois) disparos de escopeta do ora apelado, e o outro incriminado, então absolvido pelo Tribunal do Júri da Comarca de Quixadá, teria concluído o excídio, desferindo mais 02(dois) disparos de revólver. Todo o enredo delituoso teve como motivação uma querela sobre a despesa do apartamento, eis que o apelado teria quebrado um casco de garrafa e a vítima estaria cobrando.

Aduz o órgão acusador que, acatando a tese defensiva que nega a autoria da apelada, o Júri agiu em dissonância da 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, João Belisário Silva, gerente do motel que serviu de cenário ao crime e testemunha ocular da cena macabra, narrou(fls.17/18):

> "[...] que ontem dia 03 do corrente por volta das 2:40 da madrugada o depoente encontrava-se em serviço no motel SKALA, nesta cidade, recebeu um telefone do quarto nove daquele Motel, oportunidade em que o rapaz que ali se encontrava alegava que já estava saindo e que a conta seria paga pelo um rapaz que estava no quarto dez; que logo em seguida o depoente procurou se informar do rapaz que estava no quarto dez; que logo em seguida o depoente procurou se informar do rapaz que estava no quarto dez, indagando do mesmo se iria pagar a conta do companheiro dele que estava no quarto nove, no que aquele rapaz respondeu afirmativamente; que o depoente se encontrava na recepção daquele estabelecimento, quando ouviu um disparo, tendo de imediato corrido até a guarita daquele Motel para saber o que estava ocorrendo, ocasião em que constatou que seu colega de trabalho de nome Expedito havia sido lesionado a tiro de arma de fogo por um rapaz que andava em um maverik(sic) cor cinza,o qual havia ocupado o quarto nove; que de logo o depoente pedoiu(sic) para que o mesmo não fizesse aquilo, tendo saído as pressas daquele motel; que o depoente de imediato entrou em contato através de interfone, com o rapaz do quarto dez, alegando que o colega dele havia atirado em Espedito; que aquele rapaz nada lhe respondeu tratando logo de sair daquele quarto; que o depoente presenciou quando mencionado rapaz do quarto dez pegou sua moto e tentou de imediato sair daquele Motel, que naquele momento o depoente já se encontrava no quarto dez tentando pedir ajuda aquele rapaz para socorrer Expedito que estava baleado, quando uma jovem que se fazia acompanhar daquele rapaz gritava chamando pelo nome de Augusto; que esclarece o depoente que antes do rapaz do Maverik disparar um tiro contra Expedito, presenciou uma discussão entre ambos, ocasião em que Expedito cobrava a despesa de uma garrafa que havia sido quebrada dentro do quarto nove, e naquele momento a jovem que se fazia acompanhar daquele rapaz chamava pelo nome de Eduardo, bem como pedia que fossem embora; que outro rapaz de nome Francisco José que trabalha naquela casa, ainda chegou a pedir Eduardo para que ele não mais atirasse em Expedito já que o mesmo estava morrendo....."

A outra testemunha que presenciou o acontecimento ilícito, Francisco José Pereira de Sousa, funcionário do Motel Skala, perante o reitor do feito inquisitivo disse(fl.19):

> "[...] que o depoente ouviu quando a jovem que se fazia acompanhar daquele rapaz o chamou pelo nome de Eduardo, e o chamava aflita para que fossem embora; que informa o depoente que aquele rapaz andava em um veículo tipo maverik cor cinza; que informa o depoente que, quando Eduardo percebeu que Expedito se encontrava desarmado, sacou de uma escopeta, e se aproximou de Expedito; que Expedito ainda disse para Eduardo que não atirasse nele, tendo em vista que estava sem defesa, pois se quer portava uma arma, mas mesmo assim Eduardo não deu ouvidos e sacou da mencionada arma e deflagrou dois tiros contra Expedito...."

Na 1ª fase do rito escalonado, já sob o pálio do contraditório e da ampla defesa, João Belisário Silva, confirmou(fl.72):

> […] Que o crime ocorreu entre uma discussão entre vítima e Eduardo, na saída do Motel, por causo(sic) de um casco de garrafa; que o depoente naquela hora estava na recepção somando a conta do aptº de Eduardo com a de Augusto pois era Augusto quem ia pagar as despesas; que de onde estava ouvia discussão entre a vítima e Eduardo; que de repente ouviu um disparo, apenas um disparo; que a vítima gritou" aí deram um tiro em mim"; que o depoente saiu da recepção e pediu a Eduardo que já ia saindo com a arma na mão que não fizesse aquilo; que Eduardo entrou no carro e foi embora; que o depoente voltou para recepção e ligou...."

Por sua vez, Francisco José Pereira de Sousa, ratificou(fls.73 e 73v.):

> […] que o depoente é porteiro do motel e estava de serviço naquele dia em companhia da vítima; que por volta das 3:00 hora da manhã o Eduardo ia saindo do Motel em companhia de uma moça em um malverico cinza; que na saída do motel surgiu uma discussão entre Eduardo e a vítima(sic) pois a vitima(sic) pediu pata(sic) que ele pagasse um casco de refregerante(sic) que ele havia quebrado; que Eduardo se recusou a pagar; que a vítika(sic) explicou para Eduardo que se ele não pagasse o casco quem iria pagar era ela vítima; que Eduardo se revoltou e saiu no carro com uma arma na mão, escopeta; que a companheira de Eduardo ficou no carro gritando pedindo para ele voltar e não fazer nada; que o depoente se aproximou de seu colega e pediu para Eduardo que não fizesse nada e que podia ir embora; que a vítima perguntou se Eduardo ia atirar nele e Eduardo disse que sim; que a vítima ainda tentou se protejarn(sic) na guarita mais foi empurrado pelo Eduardo que atiou(sic) na vítima e deposi(sic) entrou no carro e fugiu; que a vítima saiu cambaleando....".

Emerge do caderno a existência de indícios suficientes de autoria atribuída a Eduardo Sérgio Nobre Almeida. O fastidioso evento teria como motivação o simples

fato de a vítima, empregado do motel, não ter, imediatamente, permitido a saída do réu. Tudo teria acontecido porque, constatando aquela que haviam quebrado uma garrafa na suíte, resolveu cobrar o preço do objeto. Surgiu daí uma contenda, que culminou com o excídio. Há fortes sinais de que o apelado, juntamente com Francisco Augusto Alencar Pinheiro, fora o executor do horrendo ilícito, somente contrariados pela versão isolado do mesmo, sem nenhum apoio nos elementos de prova carreados na fase investigativa corroborada pela prova jurisdicionalizada.

Nas razões apresentadas (fl.576), o órgão ministerial manifesta-se:

> "(...) Entretanto, a decisão dos jurados, "data venia", merece ser reformada, posto que proferida contrariando em absoluto as provas acostadas aos autos, consistindo tal decisão em verdadeira afronta à Justiça e em benefício à impunidade, principalmente quando se considera que a absolvição do acusado foi decorrente da aceitação da negativa da relação de causalidade entre conduta do réu e resultado morte, quando todas as provas existentes são contrárias a esta versão."

Na mesma toada, a douta Procuradoria Geral de Justiça(fl.620) opinou:

> "[...]Nesse sentido, o laudo de exame cadavérico demonstra que os tiros efetuados pelo recorrido atingiram a região clavicular, com penetração na caixa toráxica e várias perfurações na região lombar e abdominal, sendo a morte da vítima causada por hemorragia interna e externa, demonstrando de maneira irrefutável a causalidade entre a conduta do recorrido e a morte da vítima".

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. Serão anuladas, sempre que contrárias à prova dos autos, assegurando-se a devolução dos fólios ao Tribunal do Júri para novo julgamento.

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 díspares para os mesmos acontecimentos. Cuida-se de uma conclusão sem qualquer amparo no conjunto probatório e dissonante com tudo que produzido em matéria de prova. 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 consonância 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, 07 de fevereiro de 2012.

Apelação Crime nº. 619-28.2006.8.06.0146/1
Apelante: O Representante do Ministério Público
Apelado: Antônio dos Santos Nascimento
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. INFRAÇÃO AO ART. 16, DA LEI Nº 10.826/2003, E ART. 180, § 3º, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FORAM APRECIADAS CERTAS PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, CUJA ANÁLISE RESULTARIA NA CONDENAÇÃO DO RECORRIDO POR INFRINGÊNCIA AO ART. 180, *CAPUT,* DO CÓDIGO PENAL. QUESTÃO PREJUDICIAL AO EXAME DE MÉRITO DO RECURSO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA SUPERVENIENTE. INCIDÊNCIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

1. O apelo ministerial busca ver reformada a sentença de primeiro grau, a fim de que reste tipificada a prática pelo recorrido do crime previsto no art. 180, *caput,* do Código Penal brasileiro, uma vez que, ao subsumir sua conduta ao tipo penal insculpido no parágrafo terceiro do citado artigo, teria o Juízo *a quo* deixado de apreciar determinadas provas que testificavam a figura delitiva imputada pela acusação.

2. No tocante à condenação pelo crime constante do art. 16, da Lei nº 10.826/2003, nenhuma irresignação apresentou o recorrente, não sendo devolvido, pois, seu conteúdo a julgamento perante esta instância recursal, tratando-se de apelação limitada.

3. A pena máxima cominada ao crime capitulado no art. 180, *caput,* do CP, é de 4 (quatro) anos, cujo prazo prescricional, por sua vez, corresponde a 8 (oito) anos, *ex vi* do art. 109, inciso IV, do CP.

4. Tendo em vista que a sentença condenatória, última causa interruptiva da prescrição, foi publicada em cartório no dia 12/08/2004, constata-se que o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* com relação ao delito em questão restou exaurido em 12/08/2012, sendo absolutamente inócuo, neste azo, o exame das alegações pontificadas pelo apelante, porquanto, ainda que acolhidas, seus efeitos estariam compreendidos dentro do referido lapso prescricional.

5. O mesmo cenário se dá quanto à cominação do art. 16, do Estatuto do Desarmamento, uma vez que a pena respectiva foi definitivamente fixada em 3 (três) anos pelo Juízo monocrático, não havendo, a esse

respeito, insurgência por parte da acusação. Ressalte-se, outrossim, que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente.
6. Configurada a intercorrência da prescrição da pretensão punitiva com relação a ambos os crimes versados *in casu*, sendo, relativamente ao art. 16, da Lei nº 10.826/2003, pela pena em concreto; e, concernente ao art. 180, *caput*, do CP, cuja subsunção é instada pelo órgão recorrente, pela pena em abstrato.
7. Extinta a punibilidade do sentenciado. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 619-28.2006.8.06.0000, de Pindoretama, em que é apelante o Representante do Ministério Público, e apelado Antônio dos Santos Nascimento.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em declarar, ex officio, extinta a punibilidade do acusado Antônio dos Santos Nascimento, em face da prescrição da pretensão punitiva superveniente, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de Apelação Crime interposto pelo Representante do Ministério Público com assento junto à Vara Única da Comarca de Pindoretama, contra a decisão do referido Juízo que, julgando parcialmente procedente a exordial acusatória, condenou o réu Antônio dos Santos Nascimento pela prática dos crimes previstos no art. 16, da Lei nº 10.826/2003, e no art. 180, § 3º, do Código Penal brasileiro, aplicando-lhe as penas de 3 (três) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, respectivamente, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, substituindo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Argui o *Parquet* estadual que a sentença recorrida não analisou provas claras contidas nos autos, as quais levariam à modificação do teor do *decisum*. Requer a reforma da sentença condenatória de modo que seja classificado o crime de receptação praticado pelo réu como o tipificado no *caput* do art. 180, do CP, alterando, consequentemente, toda a parte dispositiva da decisão recorrida (fls. 174/186).

Contrarrazoando o recurso, a defesa do réu pugnou pela manutenção *in totum* da decisão recorrida, negando-se provimento ao apelo interposto (fls. 207/209)

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo provimento do recurso (fls. 263/266).

É o que importa relatar.

VOTO

Não obstante a matéria trazida ao descortino desta Corte de Justiça, cumpre verificar na hipótese acerca de questão de ordem pública prejudicial à análise de mérito

do recurso interposto, referente à incidência prescrição da pretensão punitiva do Estado.

A decisão combatida, julgando parcialmente procedente a denúncia intentada, condenou o apelado nas sanções do art. 16, da Lei nº 10.826/2003, e art. 180, § 3º, do Código Penal brasileiro, aplicando-lhe as penas de 3 (três) anos de reclusão e 1 (um) mês de detenção, respectivamente, além do pagamento de 30 (trinta) dias-multa, substituindo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito a serem definidas pelo Juízo da Execução.

O apelo ministerial busca ver reformada a sentença de primeiro grau, a fim de que reste tipificada a prática pelo recorrido do crime previsto no art. 180, *caput,* do Código Penal brasileiro, uma vez que, ao subsumir sua conduta ao tipo penal insculpido no parágrafo terceiro do citado artigo, teria o Juízo *a quo* deixado de apreciar determinadas provas que testificavam a figura delitiva imputada pela acusação.

No tocante à condenação pelo crime constante do art. 16, da Lei nº 10.826/2003, nenhuma irresignação apresentou o recorrente, não sendo devolvido, pois, seu conteúdo a julgamento perante esta instância recursal, tratando-se de apelação limitada.

Ora, a pena máxima cominada ao crime capitulado no art. 180, *caput,* do CP, é de 4 (quatro) anos, cujo prazo prescricional, por sua vez, corresponde a 8 (oito) anos, *ex vi* do art. 109, inciso IV, do CP.[1]

Tendo em vista que a sentença condenatória, última causa interruptiva da prescrição,[2] foi publicada em cartório no dia 12/08/2004, constata-se que o período máximo conferido ao Estado para o exercício do *jus puniendi* com relação ao delito em questão restou exaurido em 12/08/2012, sendo absolutamente inócuo, neste azo, o exame das alegações pontificadas pelo apelante, porquanto, ainda que acolhidas, seus

1 Art. 109, do CP – A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

[...]

Parágrafo único – Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade.

2 Art. 117, do CP – O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II - pela pronúncia;
III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
VI - pela reincidência.

efeitos estariam compreendidos dentro do referido lapso prescricional.

O mesmo cenário se dá quanto à cominação do art. 16, do Estatuto do Desarmamento, uma vez que a pena respectiva foi definitivamente fixada em 3 (três) anos pelo Juízo monocrático, não havendo, a esse respeito, insurgência por parte da acusação. Ressalte-se, outrossim, que, no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um isoladamente.[3]

Conclui-se, portanto, configurada a intercorrência da prescrição da pretensão punitiva com relação a ambos os crimes versados *in casu*, sendo, relativamente ao art. 16, da Lei nº 10.826/2003, pela pena em concreto; e, concernente ao art. 180, *caput*, do CP, cuja subsunção é instada pelo órgão recorrente, pela pena em abstrato.

Diante dessas considerações, conheço do recurso interposto, para, *ex officio*, declarar extinta a punibilidade do apelado Antônio dos Santos Nascimento, em face da prescrição da pretensão punitiva superveniente, o que faço com fulcro nos arts. 107, IV, c/c 109, IV, c/c 110, § 1º, todos do Código Penal, e art. 61, do Código de Processo Penal,[4] nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 10 de setembro de 2012.

3 Art. 119, do CP – No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.

4 Art. 107, do CP – Extingue-se a punibilidade:

[...]

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

Art. 110, do CP – [...]

§ 1º A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa.

Art. 61, do CPP. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

Habeas Corpus

Habeas Corpus Crime nº. 0074947-66.2012.8.06.0000
Impetrante: Evaneldo Soares Martins
Paciente: Luiz Arnoldo Vasconcelos Sousa
Impetrado: Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Paraipaba
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INFRAÇÃO AO ART. 10, DA LEI 10.826/2003. PEDIDO DE RELAXAMENTO DE PRISÃO E LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. ALEGAÇÕES DE SER DESFUNDAMENTADA A DECISÃO DENEGATÓRIA, INEXISTÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 312, DO CPP, CABIMENTO DA LIBERDADE PROVISÓRIA SEM FIANÇA, INCIDÊNCIA DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DO ART. 26, DO CP, E EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO JUNTADA DA DECISÃO DE INDEFERIMENTO DO JUÍZO *A QUO*. NÃO CONHECIMENTO DA ORDEM NO TOCANTE. INFORMAÇÕES DO JUÍZO MONOCRÁTICO ATESTANDO O HISTÓRICO CRIMINAL DO PACIENTE, QUE JÁ FORA BENEFICIADO ANTERIORMENTE COM A LIBERDADE PROVISÓRIA. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SEARA IMPRÓPRIA PARA AFERIR SOBRE A INIMPUTABILIDADE OU SEMI-IMPUTABILIDADE DO ACUSADO. INSTRUÇÃO CRIMINAL ENCERRADA. SÚMULA 52 DO STJ. APLICAÇÃO. ORDEM DENEGADA.

1. *Ab initio,* registro a não juntada pelo impetrante de cópia da decisão de indeferimento do pleito liberatório do paciente perante o Juízo *a quo,* fato que obsta o conhecimento da ordem quanto à alegação de ser carente de motivação idônea a decisão denegatória, não obstante as informações da autoridade impetrada no sentido de que a decretação da prisão do acusado teve por base seu histórico criminal e sua periculosidade social, no escopo de prevenir novos delitos, *decisum* cujos fundamentos foram ratificados pelo mesmo Juízo ao deliberar sobre pedido posterior de igual desiderato.

2. Em que pese o esforço do impetrante para alcançar seu intento, exsurgem dos autos elementos suficientes para justificar a clausura *ante tempus* do paciente, tendo em conta os informes trazidos à colação pelo Juízo monocrático relativamente ao histórico criminal do acusado, constando dos fólios, inclusive, que este fora beneficiado anteriormente com a concessão de liberdade provisória e, ainda

assim, voltou a delinquir, restando evidente o risco concreto de que, solto, persista na prática de ilícitos penais.
3. Pertinente à arguição de que o paciente é dependente químico e portador de retardo mental moderado, fazendo incidir a excludente de culpabilidade do art. 26, do CP, ressalto que a documentação coligida pelo impetrante remonta ao ano de 2009, não podendo ser aplicada à hipótese vertente, máxime pela ausência de laudo peremptório acerca da higidez mental do acusado, não sendo a via estreita do *habeas corpus,* por outro lado, a seara adequada para aprofundar em questões próprias do procedimento ordinário, mediante a utilização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.
4. Referente ao aventado excesso de prazo na formação da culpa, melhor sorte não assiste ao impetrante, uma vez que, mediante contato telefônico com a Secretaria do Juízo, foi remetido a este Gabinete, via fax, cópia do termo da audiência realizada na data de 03/07/2012, verificando-se que, após colhidos o depoimento da testemunha ali mencionada e o interrogatório do réu, foi determinado pelo Juízo processante a juntada da certidão criminal do acusado, a requisição do laudo pericial pendente e, em seguida, vista ao Ministério Público e à defesa para as alegações finais.
5. Ordem parcialmente conhecida, e, nessa parte, denegada. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de *Habeas Corpus* Crime nº. 0074947-66.2012.8.06.0000, de Paraipaba, em que é impetrante Evaneldo Soares Martins, paciente Luiz Arnoldo Vasconcelos Sousa, e impetrado Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Paraipaba.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do pedido de habeas corpus, para, nessa parte, denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça quanto ao improvimento.

RELATÓRIO

Cogita-se de pedido de *Habeas Corpus*, com requesto de medida liminar, impetrado em favor de LUIZ ARNOLDO VASCONCELOS SOUSA, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Paraipaba.

Assevera o impetrante que o paciente foi preso em flagrante delito no dia 14/10/2011, acusado da prática delituosa tipificada no art. 14, da Lei 10.826/2003.

Aduz que foi interposto pedido de relaxamento de prisão e liberdade provisória do paciente perante o Juízo de primeiro grau, o qual restou indeferido, sendo

decretada sua prisão preventiva. Reputa ser carente de fundamentação jurídica referida decisão, assim como inexistirem razões para que o acusado permaneça preso, estando ausentes os requisitos da prisão preventiva.

Argui que o crime praticado pelo paciente comporta o arbitramento de fiança, tendo sido estipulado o valor de R$ 1.000,00 (mil reais) pela autoridade policial, apesar do estado de miserabilidade do acusado, havendo a homologação do flagrante pelo Juízo impetrado.

Afirma que o paciente é dependente químico e portador de retardo mental moderado, incidindo a excludente da culpabilidade do art. 26, do CP, e que não foi efetuada perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma.

Alega que, passados cento e oito dias da custódia flagrancial, ao tempo da impetração, não foi findo o processo criminal instaurado contra si, sofrendo, assim, constrangimento ilegal pelo excesso de prazo na formação da culpa, o qual não foi provocado pela defesa.

Requer a concessão *initio litis* da ordem, e sua confirmação quando do julgamento de mérito do *writ*.

Juntou a documentação de fls..

Liminar indeferida por ausência dos requisitos autorizadores (fl. 75).

Notificado para prestar seus informes, compareceu o Juízo acionado para declinar, em síntese, os motivos que o levaram a decretar a prisão preventiva do paciente e indeferir seu pedido de liberdade provisória, comunicando a situação e marcha do processo, que se encontrava com audiência de instrução marcada para o dia 24/04/2012 (fls. 81/82).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento da ordem requestada (fls. 86/89).

É o relatório.

VOTO

A pretensão levada a efeito no vertente *writ* cinge-se aos seguintes argumentos: a) ser desfundamentada a decisão que manteve o encarceramento do paciente; b) inexistência dos requisitos da prisão preventiva; c) cabimento da liberdade provisória sem fiança, pela condição de miserabilidade do réu; d) incidência da excludente de culpabilidade do art. 26, do CP, em função de o paciente ser dependente químico e portador de retardo mental moderado; e) que não foi efetuada perícia para atestar a potencialidade lesiva da arma; e f) o excesso de prazo na forma ação da culpa.

Ab initio, cumpre registrar a não juntada pelo impetrante de cópia da decisão de indeferimento do pleito liberatório do paciente perante o Juízo *a quo,* fato que obsta o conhecimento da ordem quanto à alegação de ser carente de motivação idônea a decisão denegatória, não obstante as informações da autoridade impetrada no sentido de que a decretação da prisão do acusado teve por base seu histórico criminal

e sua periculosidade social, no escopo de prevenir novos delitos, *decisum* cujos fundamentos foram ratificados pelo mesmo Juízo ao deliberar sobre pedido posterior de igual desiderato.

Consoante narra a peça de denúncia promovida contra o paciente, no dia 14/10/2011, por volta das 15:00 h, policiais militares que faziam ronda ostensiva no centro do Município de Paraipaba foram comunicados de que um homem andava pela Rua Maria Barroso Meireles, naquela Urbe, portando uma arma de fogo. Dirigindo-se ao local indicado, os milicianos realizaram a abordagem do suspeito encontrando consigo uma arma de fogo tipo artesanal, a qual estava municiada, sendo o indigitado preso em flagrante delito.

Pois bem. Em que pese o esforço do impetrante para alcançar seu intento, exsurgem dos autos elementos suficientes para justificar a clausura *ante tempus* do paciente, tendo em conta os informes trazidos à colação pelo Juízo monocrático relativamente ao histórico criminal do acusado, constando dos fólios, inclusive, que este fora beneficiado anteriormente com a concessão de liberdade provisória (fls. 64/65) e, ainda assim, voltou a delinquir, restando evidente o risco concreto de que, solto, persista na prática de ilícitos penais.

Tal panorama fornece substrato fático bastante para dar esteio à continuidade do cárcere do paciente, revelando concretamente a situação de *periculum libertatis* preconizada no art. 312, do CPP, relativa ao resguardo da ordem pública, e desautorizando a aplicação das medidas cautelares diversas da prisão, além de afastar a possibilidade de nova concessão de liberdade provisória com ou sem fiança.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça pontifica a mesma orientação, conforme se infere dos julgados abaixo:

> **STJ –** *HABEAS CORPUS*. ART. 306 DO CÓDIGO BRASILEIRO DE TRÂNSITO. **PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.** ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. **PACIENTE QUE RESPONDIA A OUTRA AÇÃO PENAL PELA PRÁTICA DO DELITO DE ROUBO. POSSIBILIDADE CONCRETA DE REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA.** ORDEM DENEGADA. 1. **O decreto prisional que converteu a prisão em flagrante em preventiva, por ocasião do recebimento da denúncia, encontra-se devidamente fundamentado com base na garantia da ordem pública, ante a possibilidade concreta de reiteração delitiva, por já responder o Paciente a outra ação penal também pela prática do delito de roubo,** e para assegurar a aplicação da lei penal, por não ter sido o Custodiado localizado para ser citado no primeiro processo, o qual estava suspenso. 2. Ordem denegada. (**Grifos nossos**). (HC 175841/DF – Quinta Turma, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 27/03/2012, Publicação: DJe 03/04/2012).
>
> **STJ –** CRIMINAL. *HABEAS CORPUS*. **ROUBO. PRISÃO EM FLAGRANTE. LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO.**

> DELITO PRATICADO DURANTE GOZO DE LIVRAMENTO CONDICIONAL. **REITERAÇÃO DELITIVA.** ORDEM DENEGADA. Hipótese na qual o paciente, encontrando-se no período de prova de livramento condicional, foi preso em flagrante pela prática, em tese, de outro crime de mesma natureza. **Não se vislumbra ilegalidade na decisão que indeferiu o benefício da liberdade provisória ao paciente, tampouco no acórdão confirmatório da segregação, tendo em vista que procedido em conformidade com as exigências legais, atendendo aos termos do art. 312 do CPP e da jurisprudência dominante. A reiteração das condutas criminosas, o que denota ser a personalidade do réu voltada para a prática delitiva, obsta a revogação da medida constritiva. Precedentes.** IV. Ordem denegada. (**Grifos nossos**). (HC 201331/MG – Quinta Turma, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento: 14/02/2012, Publicação: DJe 24/02/2012).

Pertinente à arguição de que o paciente é dependente químico e portador de retardo mental moderado, fazendo incidir a excludente de culpabilidade do art. 26, do CP, ressalto que a documentação coligida pelo impetrante (fls. 61/63) remonta ao ano de 2009, não podendo ser aplicada à hipótese vertente, máxime pela ausência de laudo peremptório acerca da higidez mental do acusado, não sendo a via estreita do *habeas corpus,* por outro lado, a seara adequada para aprofundar em questões próprias do procedimento ordinário, mediante a utilização dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Saliente-se, outrossim, que a segregação cautelar do acusado em casos que tais mostra-se plausível diante do que preconiza o ordenamento jurídico para a espécie, merecendo relevo a ponderação consignada no judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça, segundo a qual: "não existe a situação de aplicação de medida de segurança a nível provisório, até porque sua situação de inimputável/semi-imputável só poderá ser efetivamente aferida por ocasião da instrução processual".

Nesse mesmo sentido:

> **STJ –** RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. **PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE. INSANIDADE MENTAL. LAUDO OFICIAL. INEXISTÊNCIA DE MEDIDA DE SEGURANÇA PROVISÓRIA. SEGREGAÇÃO ANTECIPADA POSSÍVEL. HIPÓTESES AUTORIZADORAS DO ART. 312 DO CPP. PRESENÇA.** CUSTÓDIA EM COMPLEXO MÉDICO PENAL APROPRIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO DEMONSTRADO. INCONFORMISMO IMPROVIDO. 1. **A prisão preventiva é a medida adequada para assegurar que o acusado, doente mental, fique segregado, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como na hipótese, uma vez que não existe em nosso ordenamento jurídico, desde a reforma penal de 1984, a medida de segurança provisória.** 2. Não há falar em constrangimento ilegal quando o decreto de custódia preventiva foi bem fundamentado,

> sobretudo na garantia da ordem pública, para evitar a reiteração criminosa e acautelar o meio social, dada a periculosidade do agente. 3. Recurso ordinário improvido, determinando-se, entretanto, o imediato cumprimento da decisão do Tribunal de origem, com a remoção do recorrente para complexo médico-penal apropriado. (**Grifos nossos**). (RHC 22666/PR – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 21/08/2008, Publicação: DJe 13/10/2008).

Referente ao aventado excesso de prazo na formação da culpa, melhor sorte não assiste ao impetrante, uma vez que, mediante contato telefônico com a Secretaria do Juízo, foi remetido a este Gabinete, via fax, cópia do termo da audiência realizada na data de 03/07/2012, verificando-se que, após colhidos o depoimento da testemunha ali mencionada e o interrogatório do réu, foi determinado pelo Juiz reitor do feito a juntada da certidão criminal do acusado, a requisição do laudo pericial pendente e, em seguida, vista ao Ministério Público e à defesa para as alegações finais.

Destarte, estando iminente o deslinde da ação de origem com o oferecimento da prestação jurisdicional que lhe é devida, munida, decerto, dos subsídios necessários para formar a convicção do julgador, inclusive eventual laudo pericial acerca da potencialidade lesiva da arma apreendida, e não despontando *in casu* nenhuma inércia em sua tramitação relativamente aos atos do Juízo, não vislumbro qualquer ilegalidade passível de ser sanada por intermédio deste *mandamus*.

Aplica-se à espécie, portanto, o teor da Súmula 52, do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual: *"Encerrada a instrução criminal, fica superada a alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo"*.

Ex positis, conheço parcialmente do pedido de *habeas corpus*, para, nessa parte, denegar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça quanto ao improvimento.

É como voto.

Fortaleza, 16 de julho de 2012.

Habeas Corpus Crime nº. 0075579-92.2012.8.06.0000
Impetrante: Francisco Ronaldo Pinho Coelho Júnior
Paciente: Francisco Nazaré Cavalcante Feitosa
Impetrado: Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal de Fortaleza
Relator: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. INFRAÇÃO AO ART. 299, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. ALEGAÇÃO DE INAPLICABILIDADE DO ART. 366, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, A FATOS ANTERIORES À SUA VIGÊNCIA. PROCEDÊNCIA. INSUBSISTENTE A DECISÃO QUE DETERMINOU A SUSPENSÃO DO LAPSO PRESCRICIONAL, CUJA FLUÊNCIA EXCEDEU AO PRAZO MÁXIMO DE 12 (DOZE) ANOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 107, IV, C/C 109, III, AMBOS DO CP, E, AINDA, ART. 61, DO CPP. ORDEM CONCEDIDA.
1. Referente à aplicação do art. 366, do CPP, a fatos anteriores à alteração textual promovida pela Lei nº 9.271, de 17/04/1996, as Cortes Superiores já pacificaram o entendimento no sentido da impossibilidade de sua retroação, haja vista o patente prejuízo para os acusados decorrente da suspensão do prazo prescricional, concluindo, outrossim, ser indevida a cisão dos efeitos da mencionada norma, que encerra ao mesmo tempo conteúdo processual e material.
2. Constatando-se que o fato penal sob apuração teria se dado na data de 16/02/1995, precedente, pois, à vigência da nova redação do art. 366, do CPP, forçoso reconhecer a insubsistência da decisão que determinou a suspensão do processo e do curso da prescrição, cujo prazo, desse modo, passou a fluir desde sua última causa interruptiva, ou seja, o recebimento da denúncia, ocorrido em 17/04/1996.
3. A data limite para o Estado exercer o *jus puniendi* restou superada no dia 17/04/2008, impondo-se, por consectário, declarar extinta a punibilidade do réu/paciente, pela incidência da prescrição da pena em abstrato.
4. Ordem concedida. 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 Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em julgar procedente o habeas corpus, para declarar a prescrição da pretensão punitiva do Estado, julgando extinta a punibilidade do paciente Francisco Nazaré Cavalcante Feitosa, determinando, ainda, o trancamento da ação penal a que responde perante o Juízo impetrado, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

Impetra-se pedido de *habeas corpus* em favor de FRANCISCO NAZARÉ CAVALCANTE FEITOSA, figurando como autoridade coatora o Juízo de Direito da 13ª Vara Criminal de Fortaleza.

Assevera o impetrante que o paciente foi denunciado pelo Ministério Público na data de 01/04/1996, pela suposta prática do crime previsto no art. 299, do Código Penal brasileiro, sendo recebida a delatória e, em face de não ter sido localizado, determinada sua citação por edital, com a decretação de sua revelia, bem como a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional.

Aduz que o fato penal sob apuração foi praticado no ano de 1995, anteriormente, portanto, à alteração promovida no art. 366, do Código de Processo Penal, pela Lei nº 9.271, de 17/04/1996, sendo defeso, pois, sua aplicação a fatos pretéritos, uma vez que o dispositivo possui natureza mista, ou seja, com conteúdo de direito processual – suspensão do processo – e de direito material – prescrição.

Alega que a decisão que determinou a suspensão do processo e do prazo prescricional só é válida quanto à primeira parte, sucedendo, em função do decurso do lapso prescricional correspondente à pena máxima abstratamente cominada ao crime imputado ao paciente, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva.

Requer o trancamento da ação penal de origem com o imediato arquivamento do processo.

Não foi junta qualquer documentação.

Notificado para os informes de estilo, compareceu o Juízo impetrado para relatar os marcos processuais ocorridos no feito originário, confirmando o seguinte: 01/04/1996 – oferecimento da peça acusatória; 17/04/1996 – recebimento da denúncia; 13/12/1996 – decisão suspendendo o processo, em relação ao acusado, e o prazo prescricional a partir daquela data. No ensejo, anexou cópias das peças estimadas relevantes ao destrame do *mandamus* (fls. 18/20).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pela concessão da ordem, declarando-se a extinção da punibilidade do paciente, bem como o trancamento da ação penal nº 874600-17.2000.8.06.0001 (fls. 35/39).

É o relatório.

O presente *habeas corpus* verte seu conteúdo no escopo de que seja decretada a extinção da punibilidade do paciente, devido à superveniência da prescrição da pretensão punitiva, assim como trancada a respectiva ação penal no primeiro grau de jurisdição.

O exame detido das informações da autoridade impetrada e da documentação por ela coligida assinala que o paciente fora denunciado, na data de 01/04/1996, por infração ao art. 299, do Código Penal, havendo sua citação editalícia, em virtude de não ter sido localizado, e, em 13/12/1996, a suspensão do processo e do curso da prescrição, consoante estatuído no art. 366, do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.271, de 17/04/1996.

Pois bem. Concernente à aplicação do art. 366, do CPP, a fatos anteriores

à alteração textual promovida pela citada lei, as Cortes Superiores já pacificaram o entendimento no sentido da impossibilidade de sua retroação, haja vista o patente prejuízo para os acusados decorrente da suspensão do prazo prescricional, concluindo, outrossim, ser indevida a cisão dos efeitos da mencionada norma, que encerra ao mesmo tempo conteúdo processual e materialVejamos referida orientação jurisprudencial:

> **STJ –** *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. USO DE DOCUMENTO FALSO (ART. 304, C.C. O ART. 299, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). CITAÇÃO EDITALÍCIA E DECRETAÇÃO DA REVELIA. VALIDADE. **PRETENSÃO DE APLICAÇÃO DO ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, COM A REDAÇÃO DADA LEI N.º 9.271/96. IMPOSSIBILIDADE.** TESE DE DEFICIÊNCIA DA DEFESA TÉCNICA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÕES TRANSITADAS EM JULGADO. ILEGALIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. **Este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da irretroatividade do art. 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei n.º 9.271/96, ao réu revel que tenha praticado o delito antes da sua entrada em vigor, uma vez que não se admite a cisão da referida norma, que dispõe a respeito de regra de direito processual - suspensão do processo - e de direito material - suspensão da prescrição - já que a aplicação desta importaria em prejuízo ao réu. Precedentes.** 2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*]. 4. *Habeas corpus* parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente concedido para, mantida a condenação, reduzir a reprimenda do Paciente para 03 (três) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa. (**Grifos nossos**). (HC 156477/AM – Quinta Turma, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Julgamento: 22/11/2011, Publicação: DJe 02/12/2011).

> **STJ –** *HABEAS CORPUS*. ARTS. 168 E 171 DO CPB. PENA: 3 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FATO OCORRIDO EM 10.03.1996. **IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 366 DO CPP, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI 9.271, DE 17.04.1996.** PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA. 1. O paciente foi citado por edital e condenado à revelia. Sustenta-se que lhe é mais favorável a aplicação retroativa do art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271, de 17.04.1996, o qual determina a suspensão do processo. O fato ocorreu em 10.03.1996. 2. É impossível a combinação de leis sucessivas, resultando na criação de *lex tertia* não prevista pelo legislador, devendo ser analisada as condições específicas de cada norma, permitindo-se ao réu beneficiar-se daquela disposição que mais lhe favoreça, seja a novel legislação seja aquela já revogada. 3. **O art. 366 do CPP, com a redação dada pela Lei 9.271/96, contém regra de direito processual (suspensão do processo) e de direito material (suspensão da prescrição), sendo esta última prejudicial ao paciente. Portanto, não há falar em retroatividade desse dispositivo.** 4. Ordem denegada,

> em consonância com o parecer do MPF. (**Grifos nossos**). (HC 124782/ES – Quinta Turma, Relator: Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Julgamento: 17/05/2011, Publicação: DJe 16/06/2011).
>
> **STF –** I. STF - HC - competência originária. Não pode o STF conhecer originariamente de questões suscitadas pelo impetrante e que não foram antes submetidas ao Superior Tribunal de Justiça, sob pena de supressão de instância. II. **Citação por edital e revelia: L. 9.271/96: aplicação no tempo. Firme, na jurisprudência do Tribunal, que a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incindíveis no contexto do novo art. 366 CPP (cf. L. 9.271/96), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente a relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da lei nova. Precedentes.** III. Contraditório e ampla defesa: nulidade da sentença condenatória fundamentada exclusivamente em elementos colhidos em inquérito policial e em procedimento administrativo. IV. Sentença: motivação: incongruência lógico-jurídica. É nula a sentença condenatória por crime consumado se a sua motivação afirma a caracterização de tentativa: a incoerência lógico-jurídica da motivação da sentença equivale à carência dela. (**Grifos nossos**). (HC 83864/DF – Primeira Turma, Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Julgamento: 20/04/2004, Publicação: DJ 21/05/2004).

No caso dos autos, constatando-se que o fato sob apuração teria se dado na data de 16/02/1995 (fl. 23), precedente, pois, à vigência da nova redação do art. 366, do CPP, forçoso reconhecer a insubsistência da decisão que determinou a suspensão do processo e do curso da prescrição, cujo prazo, desse modo, passou a fluir desde sua última causa interruptiva,[1] ou seja, o recebimento da denúncia, ocorrido em 17/04/1996.

A pena máxima prevista para o delito do art. 299, do CP, é de 5 (cinco) anos, correspondendo ao prazo prescricional de 12 (doze) anos, *ex vi* do art. 109, iinciso III, do CP.[2]

Conjugando-se os dados supra, verifica-se que a data limite para o Estado

---

1 Art. 117 – do CP. O curso da prescrição interrompe-se:

I - pelo recebimento da denúncia ou da queixa;
II - pela pronúncia;
III - pela decisão confirmatória da pronúncia;
IV - pela publicação da sentença ou acórdão condenatórios recorríveis;
V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena;
VI - pela reincidência.

2 **Art. 109 – do CP.** A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

[...]

III – em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

exercer o *jus puniendi* restou superada no dia 17/04/2008, impondo-se, por consectário, declarar extinta a punibilidade do réu/paciente, pela incidência da prescrição da pena em abstrato.

Diante do exposto, conheço do pedido de *habeas corpus*, para julgá-lo procedente, declarando extinta a punibilidade do paciente Francisco Nazaré Cavalcante Feitosa, em virtude da prescrição da pretensão punitiva, determinando, ainda, o trancamento da ação penal a que responde perante o Juízo impetrado, o que faço com fulcro nos arts. 107, IV, c/c 109, III, ambos do Código Penal, e, ainda, art. 61, do Código de Processo Penal, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.[3]

É como voto.

Fortaleza, 16 de julho de 2012

3 **Art. 107 – do CP.** Extingue-se a punibilidade:

[...]

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

Art. 61 – do CPP. Em qualquer fase do processo, o juiz, se reconhecer extinta a punibilidade, deverá declará-lo de ofício.

PROCESSO N.°: 0130269-71.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS: COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: MARIA ERBENIA RODRIGUES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES PENAIS
PACIENTE: MARIA DE FÁTIMA GOMES DA SILVA
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 EVIDENACIADO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA CONCESSÃO DO *WRIT*. LIMINAR CONCEDIDA E CONFIRMADA.

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 confirmar a medida liminar, e assegurar à paciente o cumprimento da pena em regime semiaberto, ou, não sendo possível, seja, de imediato transferida para o regime aberto, admitida a prisão domiciliar, no caso de inexistência de casa de albergado, até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em **CONCEDER** a ordem, tudo de conformidade com o voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pela Advogada Maria Erbenia Rodrigues, em favor de MARIA DE FÁTIMA GOMES DA SILVA**,** figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da 2ª da Vara de Execução Penal e Corregedoria de Presídios da Comarca de Fortaleza.

Consta dos autos que a paciente cumpre pena de 6 anos de reclusão. Alcançado o lapso temporal exigido pela legislação, foi ela beneficiada com a progressão ao regime semiaberto.

Alega-se na impetração haver constrangimento ilegal pois a paciente vem sendo mantida em estabelecimento prisional inadequado ao cumprimento da pena em regime semiaberto, diante da inexistência de vaga em unidade penal adequada.

Daí o presente *writ* onde se requer a concessão da ordem a fim de que seja

concedida a prisão domiciliar.

A liminar foi deferida, conforme decisão acostada às fls. 25.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

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.

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 (documento acostado ao HC nº 0077339-76.2012.8.06.0000, de maneira bem clara, a 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. I**nexistindo estabelecimento próprio para o cumprimento do regime deferido (semiaberto) e, permanecendo a paciente em regime mais gravoso (fechado), resta evidenciado constrangimento ilegal sanável pelo writ, para promover, no caso, cumprimento da pena provisoriamente em prisão domiciliar, mediante condições especiais**. Precedentes do STJ. 2. Preenchidos os requisitos do art. 112 da LEP e deferida a progressão de regime, não poderá o Juízo das Execuções Criminais condicionar sua permanência em regime mais gravoso do que ao que tem direito, pois a manutenção da paciente, a quem foi dado o direito de progredir para o regime semiaberto, em Presídio onde se encontra recolhida, lhe retiraria todo o estímulo para sua recuperação social, por tornar desproporcional o cumprimento da pena em face daquela que lhe foi imposta. 3. Ordem concedida. (HC 43289-92.2010.8.06.000, Rel. Des. Paulo camelo Timbó, julgado em 21/10/2010)

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, confirmo a medida liminar deferida e 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, 8 de outubro de 2012.

PROCESSO N.°: 00130977-24.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS: COMARCA DE MARACANAÚ
IMPETRANTE: CARLOS ROBERTO DE ARAÚJO FARIAS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DE MARACANAÚ
PACIENTE: WOSNEY ALMEIDA LIMA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. PEDIDO DE LIBERDADE PROVISÓRIA. INDEFERIMENTO. DECISÃO QUE NÃO APONTOU ELEMENTOS CONCRETOS AUTORIZADORES DA MEDIDA CONSTRITIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. ORDEM CONCEDIDA.

01 – Como cediço, a prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, de forma que se enquadre em pelo menos um dos pressupostos elencados no art. 312 do CPP.

02 – No caso dos autos, os argumentos relativos à gravidade do delito, bem como o fato de o paciente possuir veículo automotor que discrepa de suas atuais condições financeiras, não se prestam para embasar a custódia preventiva do paciente, pois não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, já que desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP, pois afirmações nesse sentido ou nenhuma relação trazem com os pressupostos da custódia ou se referem a aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

03 – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conceder a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado pelo advogado Carlos Roberto de Araújo Farias, em favor do paciente WOSNEY ALMEIDA LIMA, preso em flagrante delito em 2 de agosto do ano 2012, e posteriormente denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03, figurando como

autoridade coatora a Juíza de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú.

Sustenta a impetração, em apertada síntese, a ausência dos requisitos da prisão preventiva, bem como a falta de fundamentação da decisão que lhe negou a liberdade provisória.

O pleito liminar foi indeferido, consoante decisão constante da fl. 69.

Informações da autoridade impetrada às fls. 78/84.

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 87/92), manifestando-se pela denegação da ordem.

É, no que há de relevante, o relatório.

Em mesa para julgamento.

VOTO

Conforme relatado, o paciente WOSNEY ALMEIDA LIMA foi preso em flagrante delito em 2 de agosto do ano 2012, e posteriormente denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 16, da Lei nº 10.826/03.

Consta dos autos que o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Maracanaú indeferiu o pedido de liberdade provisória formulado em favor do acusado nos seguintes termos, *litteris:*

> "(...)
> **No caso dos autos não é possível a concessão da liberdade provisória, nem a aplicação das medidas cautelares diante da necessidade concreta da prisão preventiva, o que afasta a aplicação das medidas cautelares como se verá adiante**.
> (…).
> De acordo com os os depoimentos constantes do auto de prisão, policiais da Delegacia de Roubo e Furtos que estavam em diligência se depararam com um veículo FORD FIESTA que ao perceber a viatura policial adotou atitude suspeita, motivo pelo qual resolveram abordá-lo.
> O custodiado, que dirigia o veículo, ocasião em que encontraram dentro do compartimento onde deveria ser o air bag duas pistolas, os seguintes objetos:
> (...)
> O custodiado alegou ter comprado as pistolas, as munições e os carregadores de uma pessoa desconhecida na Feira de Parangaba **no início do ano** por quantia que não se recorda.
> Portanto, verifico que os indícios de autoria e prova da materialidade delitiva (auto de apreensão) dos crime previstos no art. 16 da Lei nº 10.826/03 e art. 180 do Código Penal, uma vez que as circunstâncias denotam a origem ilícita das armas e munições cuja origem deveria saber ser produto de crime porquanto adquirida de maneira clandestina, sem observância das formalidades legais, sendo que as inúmeras campanhas televisivas acerca do registro e obrigatoriedade do porte tornaram a situação pública e notória, mormente porque são armas de usoSobre o carro afirmou tê-lo comprado

> pela quantia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), tendo pago R$ 12.000,00 (doze mil reais) e financiado o restante.
> Apesar da primariedade e ausência de registros criminais, algumas circunstâncias estão a indicar a periculosidade do réu e a necessidade da manutenção de sua custódia.
> Primeiro: o custodiado trazia consigo **duas armas de grosso calibre e de uso restrito, farta munição e carregadores**, as quais disse ter adquirido **no início do ano** na feira da Parangaba, não informando o valor;
> Segundo: se encontrava na posse de um **carro** que diz ter comprado elo valor de **R$ 25.000,00** (vinte e cinco mil reais), tendo pago **R$ 12.000,00** (doze mil reais) e financiado o restante.
> Terceiro: o custodiado se disse **desempregado**, encontrando-se **em seguro desemprego**;.
> Quarto: ocorre que a **CTPS** do custodiado revela que ele trabalhou em funções bem simples e de baixa remuneração, a saber, **GARI COLETOR, NA ECOFOR, AUXILIAR DE PRODUÇÃO NA METALMECÂNICA MAIS E POR ÚLTIMO AUXILIAR DE PRODUÇÃO NA REGIMA ALIMENTOS DE ONDE SAIU EM SETEMBRO/2010, portanto, no final do ano passado**;
> Quinto: todas as atividades desenvolvidas tinham a remuneração de **UM SALÁRIO MÍNIMO**, portanto, **O SEGURO DESEMPREGO não poderia ser maior, não sendo crível que alguém que sempre teve renda de UM SALÁRIO MÍNIMO e que se encontre desempregado em percepção de SEGURO DESEMPREGO em igual valor tenha condições de adquirir o veículo pela quantia mencionada, bem como carregadores, armas e munições, o que robustece ainda mais os indícios da origem ilícita dos objetos**.
> **Tais circunstâncias aliadas à quantidade de artefatos bélicos apreendidos denotam a periculosidade do agente, recomendando sua custódia cautelar para a garantia da ordem pública, evitando a reprodução de fatos delituosos.**
> (…)."

Daí o presente *writ*, em que a Defesa argumenta inexistir razão concreta para a manutenção da medida constritiva, como forma de garantir a ordem pública, mormente pelo fato de o paciente ser detentor de condições subjetivas favoráveis.

Como cediço, a prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, de forma que se enquadre em pelo menos um dos pressupostos elencados no art. 312 do CPP.

No caso dos autos, os argumentos relativos à gravidade do delito, bem como ao fato de o paciente possuir veículo automotor que discrepa de suas atuais condições financeiras não se prestam para embasar a custódia cautelar do paciente, pois não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão cautelar, pois desvinculados de qualquer fator concreto ensejador da configuração dos requisitos do art. 312 do CPP, já que afirmações nesse sentido ou nenhuma relação trazem com os pressupostos da

custódia ou se referem a aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

De mais a mais, o delito atribuído ao paciente – porte ilegal de arma de fogo de uso restrito –, não revela violência ou grave ameaça aptas a autorizar manutenção da custódia preventiva como forma de garantir a ordem pública.

Releve-se, ainda, que condições pessoais favoráveis, embora não sejam garantidoras de eventual direito à liberdade, devem ser tomadas em conta quando não demonstrada a presença dos requisitos dispostos no art. 312 do CPP.

Ante o exposto, em dissonância com o parecer da douta PGJ, tenho como insuficientes as razões invocadas na r. decisão de primeiro grau que negou ao paciente o direito à liberdade provisória, razão pela qual concedo a ordem para esse fim.

Expeça-se alvará de soltura.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

Processo: 0075981-76.2012.8.06.0000 – Habeas Corpus
Impetrante: José Aurivan Holanda Pinho Filho
Paciente: Lucimar Alves Farias Neres
Impetrado: Juiz de Direito da Comarca de Ipueiras
Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo

EMENTA: **HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. INOCORRÊNCIA. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO DESIGNADA PARA O DIA 04/09/2012. LIBERDADE PROVISÓRIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.**

01 – Precedente do STJ. " O excesso de prazo para o encerramento da instrução criminal, segundo pacífico magistério jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, deve ser aferido dentro dos limites da razoabilidade, considerando circunstâncias excepcionais que venham a retardar a instrução criminal e não se restringindo à simples soma aritmética de prazos processuais" (HC 186210/PA, Rela. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 04/05/2011).

02 – Presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva previstos no art. 312 do CPP, não se verifica o alegado constrangimento ilegal na manutenção da prisão.

03 - 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 da impetração, para denegar a ordem, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de *habeas corpus* impetrado pelo advogado JOSÉ AURIVAN HOLANDA PINHO FILHO em favor de **LUCIMAR ALVES FARIAS NERES**, presa em flagrante delito no dia 23 de setembro de 2011, pela suposta prática dos delitos previstos no art. 33 e art. 40 da Lei nº 11.343/06.

Alega, em síntese, que a paciente encontra-se detida há mais de duzentos e vinte dias, sem que a instrução criminal tenha sido concluída, configurando-se, desta forma, constrangimento ilegal por injustificado excesso de prazo na formação da culpa.

Liminar indeferida à fl. 117.

Informações prestadas pela dita autoridade coatora às fls. 120/132.

Instada a se manifestar, a douta PGJ opinou pela concessão da ordem impetrada (fls. 133/136).

É o relatório do essencial. Feito que independe de revisão e inclusão em pauta. (arts. 34, § 3º e 66, § 1º RITJCE).

VOTO

Presentes os requisitos legais, admito o habeas corpus, no entanto a ordem requestada não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

O impetrante requer a liberdade da paciente sob o argumento de que a mesma encontra-se recolhida a prisão desde o dia 23 de setembro de 2011, sem que a instrução criminal tenha sido concluída.

O MM. Juiz da Comarca de Ipueiras informou todo o andamento processual às fls. 120/132, ocasião em que destacou que o processo aguardava realização de audiência de instrução para o dia 31 de maio de 2012.

Ao efetuar consulta junto ao sistema processual SPROC na data de 03/08/2012, observo que a audiência retro referida, fora cancelada e marcada para o dia 28/06/2012, outra para o dia 31/07/2012, a qual foi prorrogada e redesignada para o dia 04 de setembro de 2012.

Portanto, os autos demonstram que a instrução criminal se desenvolve em ritmo compatível com a complexidade do feito, inexistindo qualquer desídia do Juízo processante.

É evidente que essa situação de prolongamento da ação penal não justifica sua *eternização,* pois que isso seria a mais autêntica forma de *denegação de justiça,* quando se sabe consagrado na Carta Magna o direito fundamental da pessoa humana a um julgamento justo e célere (art. 5º., inciso LXXVIII)*;* porém, quando os autos evidenciam que a persecução penal regularmente instaurada vem se desenvolvendo em ritmo compatível com a sua natureza, não se mostra cabível a soltura da paciente*,* até mesmo porque parte da demora ocorreu pela necessidade de ser nomeado defensor público para patrocinar a defesa da mesma, só sendo apresentada defesa prévia pelo causídico subscritor do presente Habeas Corpus em 17 de janeiro de 2012, enquanto que a notificação deu-se em 22.11.2011.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de prazo ensejador da concessão do ***writ***, conforme aventado pelo impetrante, posto que a ação penal encontra-se com o seu transcurso normal.

Confira-se, a propósito, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO. AÇÃO PENAL. INDIGITADO EXCESSO DE PRAZO. PROCESSO COM TRAMITAÇÃO REGULAR. RAZOABILIDADE. AUSÊNCIA DE DESÍDIA DO ESTADO-JUIZ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. ORDEM DENEGADA. 1. Os prazos para a conclusão da instrução criminal não

> são peremptórios, podendo ser flexibilizados diante das peculiaridades do caso concreto, em atenção e dentro dos limites da razoabilidade. 2. Pela documentação que instrui o habeas corpus, e de acordo com consulta processual efetuada junto à página eletrônica do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, verifica-se que a ação penal sub examine tramita regularmente, dentro do princípio da razoável duração do processo, não havendo notícias de que esteja ocorrendo morosidade ou retardo na implementação dos atos processuais, tampouco desídia ou inércia do Estado-Juiz, que tem sido diligente no andamento do feito, a afastar, por conseguinte, o alegado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima o paciente. 3. Ordem denegada. (HC 221.099/PB, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 08/05/2012)"

Ademais, evidencia-se dos autos que o encarceramento da paciente está alicerçado em fundamentos legais, de forma a não pairar dúvida quanto à sua conveniência e necessidade, sobretudo no resguardo da ordem pública, em especial por tratar-se de crime de tráfico de entorpecentes, que diante da gravidade e do grande mal que representa para a sociedade, é equiparado aos crimes hediondos.

Destaco, ainda, que a prisão para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal não se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, porquanto tratar-se de prisão de cunho processual, cujo objetivo busca, além de salvaguardar a sociedade, garantindo-lhe a ordem, assegurar a futura aplicação da lei penal.

Portanto, à luz do que dos autos consta, **denega-se** a ordem em face da inexistência de constrangimento ilegal.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2012.

Recurso Crime em Sentido Estrito

PROCESSO Nº: 391-82.2000.8.06.0075/1 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 1a. VARA DA COMARCA DE EUZÉBIO-CE.
RECORRENTE: LUIZ PAULO JUNIOR
RECORRENTE: RONALDO MARQUES DA SILVA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
ÓRGÃO JULGADOR: 1A. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – RECURSOS EM SENTIDO ESTRITO – DECISÃO DE PRONÚNCIA – PRELIMINAR DE NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA – INOCORRÊNCIA - IMPRONÚNCIA – INVIABILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL – AUSÊNCIA DE *ANIMUS NECANDI* – INCOMPROVAÇÃO – REQUISITOS DA PRONÚNCIA PREENCHIDOS – RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

I - Inexiste nulidade processual sem demonstração da ocorrência de efetivo prejúizo. Exegese do art. 563, CPP e Súmula 523 do STF.

II - A regra contida no art. 222, §§ 1º e 2º, do supramencionado diploma legal, autoriza o andamento da ação criminal e a prolação de sentença antes do retorno de precatória instrutória, caso esta não tenha sido devolvida pelo juízo deprecado no prazo concedido pelo juízo deprecante – como corréu no presente feito.

III - Tratando-se de procedimento afeto ao Tribunal do Júri, a oportunidade de oitiva de testemunha não termina com a pronúncia, podendo a mesma ser ouvida na Sessão Plenária (art. 422, CPP).

IV - Apenas se a negativa de autoria se revelar de plano evidente, incontroversa e absolutamente certa, admite-se a impronúncia ou absolvição sumária dos inculpados.

V - Em sede de pronúncia, a desclassificação é viável nos casos em que a prova produzida é inequívoca em apontar intenção diversa do agente, o que não é a hipótese dos autos, já que a vítima foi atingida por projétil de arma de fogo, o que, por óbvio, poderia lhe causar a morte.

VII - Presentes os requisitos do art. 413, CPP, a pronúncia é imperativa.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, CONHECER DOS RECURSOS, NEGANDO-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 14/02/2012.

1 – Relatório:

Tratam-se de Recursos em Sentido Estrito manejados por LUIZ PAULO JÚNIOR e RONALDO MARQUES DA SILVA, inconformados com a decisão (fls. 359/362), que os pronunciou como incursos nas sanções do art. 121, § 2º, incs, I e IV, c/c art. 14, inc. II, ambos do Código Penal Brasileiro, submetendo-os a julgamento perante o Tribunal do Júri, por terem, segundo a acusação, no dia 17 de julho de 2000, na localidade de Timbú, na cidade de Euzébio/Ce., na companhia de outros dois indivíduos, utilizando-se de arma de fogo, tentado matar Odilon Octaviano dos Santos Maia.

Luiz Paulo Júnior, em suas razões (fls. 387/395), argui preliminarmente, nulidade absoluta do feito, ao argumento de inversão tumultuária dos atos processuais, por ter aberto prazo para alegações finais, antes mesmo do retorno da carta precatória visando a inquirição da testemunha Edna Ferreira Andrade, arrolada pela defesa, que, regularmente notificada, não compareceu a audiência designada no juízo deprecado. Alega cerceamento de defesa, sob o argumento de que deveria ter sido intimado sobre a devolução, sem cumprimento, da referida precatória, uma vez que insiste na ouvida da testemunha arrolada, pois, imprescindível para comprovação de sua inocência, já que esteve em sua companhia, momentos antes de sua chegada à empresa da vítima. Meritoriamente, requer a despronúncia, por ausência de indicíos suficientes de autoria.

A defesa de Ronaldo Marques da Silva, postula a impronúncia por ausência de indícios mínimos de participação delitiva. Alternativamente, pleiteia a descasslificação para o crime de lesão corporal, sustentado inexistir intenção de matar.

Contrarrazões ministeriais (fls.406/408), pugnando pelo conhecimento e improvimento. Nessa mesma linha, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 480/485). Pronúncia mantida, no juízo de retratação (fls. 410).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

2- Voto:

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos.

De pórtico, analiso a preliminar suscitada por Luiz Paulo Júnior de nulidade do feito por inversão tumultuária dos atos processuais e de cerceamento de defesa decorrente da não intimação sobre a devolução da precatória visando inqurição de testemunha de defesa, faltosa ao ato, assegurando que seu depoimento seria de suma importância para comprovação de sua inocência.

Razão não lhe assiste.

De fato, equivocou-se o julgador singular quando determinou a intimação das partes para os fins do art. 499, CPP (fl. 304). No procedimento do Júri, após o término da instrução, as partes deveriam ser intimadas para oferecerem alegações, no prazo de cinco dias (art. 406, CPP, redação anterior à Lei n. 11.689/2008).

Todavia, a inobservância do rito processsual adequado não causou nenhum prejuízo para as partes (MP e Defesa), vez que, apresentaram, tempestivamente, suas razões finais.

Também, não há que se falar em nulidade por haver prolação da pronúncia antes de devolvida carta precatória. A regra contida no art. 222, §§ 1º e 2º, do supramencionado diploma legal, autoriza o andamento da ação criminal e a prolação de sentença antes do retorno de precatória instrutória, caso esta não tenha sido devolvida pelo juízo deprecado no prazo concedido pelo juízo deprecante – como correu no presente feito.

Sobre o tema:

> Não há nulidade quando as cartas precatórias expedidas para a colheita de depoimentos de testemunhas defensivas são juntadas após a publicação da sentença de pronúncia, prinicpalmente quando já findo o prazo marcado para sua devolução (STJ – Resp n. 1.171.788 – MG – Rel. Min. Jorge Mussi, j. 16.12.2010).

Da mesma forma, inexiste nulidade, por não ter sido inquirida a testemunha Edna Ferreira Andrade, cuja oitiva, estima a defesa, ser indispensável.

Verifica-se que referida testemunha, intimada pessoalmente, deixou de comparecer a audiência, bem como, o então defensor do réu (fl. 317), também regularmente intimado. Caberia, portanto, à defesa, no juízo deprecado, ter insistido na oitiva da testemunha, requerendo sua condução coercitiva, porém, permaneceu inerte.

Ademais, tratando-se de procedimento afeto ao Tribunal do Júri, a oportunidade de oitiva da testemunha não termina com a pronúncia, podendo a mesma ser ouvida na Sessão Plenária (art. 422, CPP).

Assim, inexistindo prejuízo, não há como declarar nulidade, consoante disposto no art. 563, CPP e na Súmula 523 do STF.

Rejeito a preliminar levantada.

Passo à análise do mérito.

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, sendo desnecessária, prova incontroversa e irrefutável acerca da autoria, exigida para a condenação, como ocorre no processo criminal comum de competência do Juiz Singular.

No caso, a materialidade é inconteste restando configurada pela Guia Policial (fl. 09), Boletim de Ocorrência (fl. 10) e Auto de Exame de Corpo de Delito – Lesão Corporal (fl. 68).

Diferentemente do aduzido pelos recorrentes, há indícios suficientes para atribuir-lhe a autoria delitiva.

Emergem do acervo probatório que os réus trabalharam na empresa da vítima, ambos na filial de Juazeiro Norte/Ce., e que foram demitidos por quebra de confiança.

Os dois foram vistos, no dia do fato delituoso, nas proximidades da casa da vítima, conforme relatou a testemunha Orlando Ferreira Costa (fls. 175/176).

Em juízo, a vítima declarou que o acusado Ronaldo, inconformado com a demissão, chegou a ameaçar Venicius, gerente da filial, para em seguida, telefonar para sua pessoa, tentando não ser dispensado do trabalho. Afirmou, ainda, que uma das motos pilotadas pelos réus – HONDA XL 125, COR AZUL, PLACA HUJ3814 - foi encontrada na residência de Antonio Sarquisio Soares, primo do inculpado Luiz Paulo (fls. 179/181).

Como se vê, a negativa de autoria não exsurgiu forte o suficiente para afastar e inviabilizar o contexto acusatório.

Assim, não há que se falar em impronúncia, pois, somente admitida quando evidente a inexistência do crime ou a ausência de indícios de autoria, em decorrência de circunstâncias demonstradas de plano e salvo de dúvidas.

Destarte, ausente comprovação segura que permita a verificação incontroversa das teses sustentadas pelos réus, correta a pronúncia.

Por fim, não vejo como desclassificar a conduta perpetrada para o delito de lesão corporal simples (art. 129, *caput,* CP), pretendida pela defesa de Ronaldo Marques da Silva.

Em sede de pronúncia, a desclassificação é viável nos casos em que a prova produzida é inequívoca em apontar intenção diversa do agente, o que não é a hipótese dos autos, já que a vítima foi atingida por projétil de arma de fogo, o que, por óbvio, podria lhe causar a morte.

Demais disso, a intensidade da agressão e a ausência de perigo de vida resultante da lesão são irrelevante, pois em casos tais, o que se afere é o elemento subjetivo propulsor da conduta do agente e não o resultado obtido.

Entretanto, compete ao Conselho de Sentença decidir sobre a real intenção do agente.

3 – Dispositivo:

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 14/02/2012.

PROCESSO N.°: 0075519-22.2012.8.06.0000
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO (na Ação Penal nº 2808-49.2010.8.06.0045/0)
RECORRENTE: DAMIÃO DE OLIVEIRA
RECORRIDO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. IMPRONÚNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EXAME MERITÓRIO. ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DO JÚRI. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório, bastando para tanto prova da materialidade do delito e indícios de autoria ou participação, como restou demonstrado no caso em tela. O juízo meritório caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

2. Não há que se falar em ausência de provas de autoria do delito, quando do acervo probatório depreende-se claramente a ocorrência do delito, bem como indícios suficientes de autoria.

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Recurso em Sentido Estrito, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para NEGAR-LHE provimento.

Fortaleza, CE, 11 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Damião de Oliveira em face da decisão de fls. 140/143, que o pronunciou nas tenazes do art. 121, §2º, I e III, do Código Penal.

Irresignado, o réu apresentou as razões recursais de fls. 147/152 requerendo sua impronúncia, em virtude da ausência de provas de autoria delitiva.

Contrarrazões do Ministério Público às fls. 153/157, pugnando pela manutenção da decisão de pronúncia.

Às fls. 152, o juiz singular manteve a sentença de pronúncia, remetendo os autos a esta Instância.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 165/169, com manifestação pelo improvimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

Como relatado, trata-se se de Recurso em Sentido Estrito, interposto por Damião de Oliveira em face da decisão de fls. 140/143, que o pronunciou nas tenazes do art. 121, §2º, I e III, do Código Penal.

Irresignado, o réu apresentou as razões recursais de fls. 147/152 requerendo sua impronúncia, em virtude da ausência de provas de autoria delitiva.

Narra a denúncia que no dia 14 de junho de 2010, o réu, "com manifesta intenção homicida, munido de pedra, por motivo torpe, consistente no fato de ter se separado de SEVERINA ARCANJO DE SOUSA OLIVEIRA, filha da vítima, efetuou golpes contra FRANCISCO ARCANJO DE SOUZA, sofrendo ferimentos suficientes para sua morte".

A materialidade está comprovada através do auto de exame cadavérico de fls. 120.

O objeto do presente recurso limita-se à existência ou não de indícios de autoria delitiva do recorrente no delito narrado na peça delatória.

Através da prova colhida, especialmente dos depoimentos testemunhais, verifica-se a existência dos indícios suficientes da autoria delitiva, capazes de justificar sua pronúncia, para que seja submetido ao crivo do Tribunal Popular do Júri. Vejamos:

Severina Arcanjo de Sousa Oliveira afirmou, em seu depoimento em juízo (mídia audiovisual às fls. 103), que o réu, em algumas ocasiões, chegou a proferir ameaças, dizendo que, caso a testemunha se separasse do réu, iria perder o que tinha de mais precioso na vida. Asseverou, ainda, que há cerca de 16 (dezesseis) anos houve um episódio em que o réu chegou a atirar contra a vítima, mas não acertou.

A testemunha Raimundo Pereira Ferro (mídia audiovisual às fls. 103), asseverou que o réu pessoalmente lhe contou que, há mais de 20 (vinte) anos, havia atirado contra a vítima.

Josefa Arcanjo de Sousa (mídia audiovisual às fls. 103), declarou que a vítima lhe contou que, cerca de 08 (oito) dias antes do homicídio, o réu havia ido até a residência da vítima e lhe ameaçado, com uma arma de fogo. Relatou, ainda, que a vítima lhe disse que, após esse ocorrido, estava com medo de ficar em casa sozinha.

Verifica-se, portanto, que existem indícios suficientes de autoria a justificar a pronúncia do réu.

Ademais, a sentença de pronúncia, como é cediço, reveste-se de mero juízo de admissibilidade, incidindo aqui o princípio *in dubio pro societate*, diferentemente do que ocorre em uma sentença condenatória, cujo princípio norteador há de ser o *in dubio*

pro reo.

Ora, o próprio Código de Processo Penal deixa clara esta característica de juízo de admissibilidade, pois estabelece que para a pronúncia, basta ao juiz vislumbrar a materialidade do crime e indícios suficientes de autoria ou participação. E mais, deve limitar-se ao exame desses dois requisitos, não podendo aprofundar-se no exame de provas. Assim dizia o antigo art. 408 do Código de Processo Penal, vigente à época da prolação da decisão de pronúncia ora atacada:

> Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronunciá-lo-á, dando os motivos do seu convencimento.
> § 1º Na sentença de pronúncia o juiz declarará o dispositivo legal em cuja sanção julgar incurso o réu, mandará lançar-lhe o nome no rol dos culpados, recomenda-lo-á na prisão em que se achar, ou expedirá as ordens necessárias para sua captura.

Não destoa a atual redação do art. 413 do Código de Processo Penal, que determina:

> Art. 413. O juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação.
> § 1.º A fundamentação da pronúncia limitar-se-á à indicação da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação, devendo o juiz declarar o dispositivo legal em que julgar incurso o acusado e especificar as circunstâncias qualificadoras e as causas de aumento de pena.

A jurisprudência desta Corte é uníssona quanto à natureza da sentença de pronúncia:

> **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - PRONÚNCIA - JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO - DEFESO AO JUIZ TECER GRANDES COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - DEMONSTRADA A EXISTÊNCIA DO CRIME, E HAVENDO INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA, DEVE O RÉU SER PRONUNCIADO PARA, CONSEQUENTEMENTE, SER JULGADO PELO TRIBUNAL DO JÚRI - A ELE, POR DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL, COMPETE DECIDIR TUDO O QUE DIGA RESPEITO AOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA, DIRIMINDO, INCLUSIVE, DÚVIDAS EVENTUALMENTE SUSCITADAS SOBRE A AUTORIA E CIRCUNSTÂNCIAS QUE CERCARAM O CASO**
> 1. A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.
> 2. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão fatual aqui suscitada.

3. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 9572-26.2009.8.06.0000/0, Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 28/07/2009). Grifei.

PROCESSUAL PENAL - TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI - RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO - SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DESPRONÚNCIA - ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA OU EXCLUSÃO DE QUALIFICADORAS - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA Nº 3 DESTA CORTE DE JUSTIÇA.
1. **O despacho regrado é de conteúdo declaratório e nele se cuida da viabilidade da acusação, tendo como pré-requisitos apenas elementos que convençam o Juiz da existência do crime e de indícios que o réu seja o autor, encerrando mero juízo de admissibilidade, competindo ao Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes dolosos contra a vida, o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido naquela decisão**.
2. Quanto a exclusão da qualificadora, o entendimento desse Tribunal é no sentido que indica a Súmula nº 3: "As circunstâncias qualificadoras constantes da peça acusatória somente serão excluídas da pronúncia quando manifestamente improcedentes, em face do princípio in dubio pro societate".
3. Recurso improvido. Decisão unânime. (RSE nº 916-08.2005.8.06.0134/1, Relator Des. Raimundo Eymard Ribeiro de Amoreira, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 21/012009). Grifei.

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO - 1) AUSÊNCIA DO PREPARO RECURSAL - PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO SUSCITADA NAS CONTRA-RAZÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO SE DEVE CONSIDERAR DESERTO O RECURSO DE DEFESA QUE NÃO FOI DEVIDAMENTE PREPARADO - PRECEDENTES- 2) **SENTENÇA DE PRONÚNCIA - DECISÃO QUE NÃO ADMITE PROFUNDOS COMENTÁRIOS SOBRE AS PROVAS - MERO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA ACUSAÇÃO -** FASE INADEQUADA PARA SE DECIDIR COM SEGURANÇA SE O CRIME FOI COMETIDO POR MOTIVO TORPE E SE O RÉU UTILIZOU DE RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DO OFENDIDO - QUALIFICADORAS QUE NÃO PODEM SER AFASTADAS QUANDO NÃO MANIFESTAMENTE IMPROCEDENTES - **PROVA DA MATERIALIDADE DO CRIME E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA QUE AUTORIZAM SEJA O RÉU SUBMETIDO A JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DO JÚRI.**
1. A jurisprudência pátria é pacífica e remansosa no sentido de que não há que se exigir preparo de recurso em Ação Penal Pública.
2. **A sentença foi devidamente motivada, asseverando os pressupostos hábeis ao prosseguimento do feito e posterior julgamento do réu pelo órgão competente.**
3. Somente o Tribunal do Júri, do alto de sua soberania constitucional, poderá examinar, com mais detença a questão factual aqui suscitada.
4. Recurso conhecido, porém desprovido. (RSE nº 837-97.2007.8.06.0121/1,

Relator Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo, 1ª Câmara Criminal, TJCE, julgado em 18/08/2009). Grifei.

Outra não é a lição da doutrina, pois nas palavras de Nucci[1] "... *a natureza jurídica da sentença de pronúncia é de decisão interlocutória mista, que julga apenas a admissibilidade da acusação, sem qualquer avaliação de mérito*".

Em suma, a sentença de pronúncia é de cunho declaratório, e encerra mero juízo de admissibilidade, não comportando exame aprofundado de provas ou juízo meritório. Este caberá exclusivamente ao Tribunal do Júri, por atribuição que decorre do texto constitucional.

Destarte, não assiste razão ao recorrente, pois a sentença de pronúncia prolatada nos autos atende a todos os requisitos estabelecidos no Código Penal, bem como o art. 93, IX, CF/88.

Ademais, em havendo dúvida quanto à autoria e participação no delito, por menor que seja, esta deve ser resolvida em favor da sociedade, pois essa fase processual é regida pelo princípio *in dubio pro societate*, como já dissemos anteriormente.

Considerando, pois, que a sentença de pronúncia é de conteúdo meramente declaratório, encerrando mero juízo de admissibilidade, nela se cuidando unicamente da viabilidade da acusação, a qual tem como pré-requisito apenas elementos que convençam o juiz da existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou participação, resta ao Tribunal do Júri – a quem compete o juízo natural dos crimes dolosos contra a vida – o encargo de julgar o réu pronunciado, acatando ou não o que ficou estabelecido na denúncia ministerial.

No presente caso, a ocorrência do delito, e indícios de autoria, restaram suficientemente demonstrados através dos elementos probatórios colacionados aos autos, sendo certo ainda que, o simples fato de haver dúvidas quanto à participação do recorrente no delito já desautoriza que a absolvição sumária seja reconhecida de plano, em sede de pronúncia, cabendo ao Tribunal do Júri dirimir tais dúvidas.

Diante do exposto, conheço do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE provimento, em consonância com o parecer ministerial, mantendo integralmente a decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 11 de setembro de 2012.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 743.

PROCESSO Nº: 0009462-03.2010.8.06.0029
RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 2ª. VARA DA COMARCA DE ACOPIARA/CE.
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: ANTONIO FIDELES DE CASTRO
ÓRGÃO JULGADOR: 1A. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL – POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03 (ESTATUTO DO DESARMAMENTO) – REJEIÇÃO DA DENÚNCIA POR ATIPICIDADE DA CONDUTA – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL – AÇÃO PERPETRADA FORA DO PERÍODO DO *ABOLITIO CRIMINIS TEMPORALIS* - CONDUTA TÍPICA - DECISÃO REFORMADA - DELATÓRIA RECEBIDA (SÚMULA 709/STF) - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - O Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), em seus artigos 30 a 32, estipulou um prazo (180 dias) para que os possuidores de armas de fogo regularizassem sua situação ou as entregassem às autoridades competentes. Tal prazo iniciou-se em 23.12.2003 e foi prorrogado pela edição de sucessivas leis (10.884/2004, 11.118/2005, 11.191/2005, 11.706/2008 e 11.922/2009) até a data de 31 de dezembro de 2009.

II - Na espécie, exsurge dos autos que o recorrido foi denunciado, pelo fato de que, no dia 06 de julho de 2010, policiais militares apreenderam no interior de sua residência um revolver calibre 32, sendo enquadrada sua conduta no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

III – Destarte, não há que se falar em atipicidade de conduta, se o recorrido foi flagrado, no interior de sua residência, na posse de arma de fogo de uso permitido, em desarcordo com determinação legal, fora do prazo abrangido pela *abolitio criminis temporalis* previsto nos arts. 30 e 32 da Lei do Desarmamento, com as alterações conferidas pela Lei 11.922/2009.

IV - Urge destacar, ser inaplicável ao caso concreto a regulamentação trazida pela edição do DL n. 7.473/2011 e da Portaria n. 797/2011, ambos de 05 de maio de 2011, retomando a estratégia da chamada "Campanha do Desarmamento", porque, além do fato, em comento, ter ocorrido depois do dia 31.12.2009 e antes daquela data, as mesmas são normas de hierarquia inferior à Lei 11.922/09.

V – Conduta típica. Decisão cassada. Denúncia recebida.

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal desta Egrégia Corte, à

unanimidade, conhecer do recurso dando-lhe provimento, para receber a inicial acusatória, determinando o normal prosseguimento da ação penal, nos termos do voto do eminente relator.

Fortaleza/Ce., 24 / ABR /2012.

I - Relatório

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito manejado pelo Ministério Público, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 2a. Vara da Comarca de Acopiara/Ce., que rejeitou a denúncia oferecida contra Antonio Fideles de Castro, com fundamento no art. 395, I, do CPP, por entender que a conduta atribuída ao denunciado prevista no art. 12 da Lei 10.826/03 – Posse irregular de arma de fogo de uso permitido - estava abrangida pela *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, sendo, portanto, considerada atípica.

Nas razões (fls. 33/38), sustenta o *Parquet*, em síntese, que a conduta praticada pelo réu, ocorrida no dia 06 de julho de 2010, não está abrangida pela excepcional *vacatio legis* prevista nos arts. 30 e 32 da Lei Especial, haja vista que o prazo para regularização ou entrega da arma de fogo expirou-se em 31.12.2009. Requereu a cassação da decisão combatida, insistindo no recebimento da peça delatória.

Ofertadas as contrarrazões (fls. 43/46), o juiz singular manteve o *decisum* (fls. 47/48), detrminando a subida dos autos.

Nesta instância, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra da Dra. Eliani Alves Nobre, opinou pelo provimento do recurso (fls. 57/60).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

II – Voto:

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cinge-se a controvérsia em definir se a conduta perpetrada pelo recorrido estaria abarcada pela excepcional *abolitio criminis*, instituida pela condição suspensiva prevista nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/2003.

A meu sentir, a questão é de fácil deslinde. Vejamos:

O Estatuto do Desarmamento (Lei n. 10.826/03), em seus artigos 30 a 32, estipulou um prazo (180 dias) para que os possuidores de armas de fogo regularizassem sua situação ou as entregassem às autoridades competentes. Tal prazo iniciou-se em 23.12.2003 e foi prorrogado pela edição de sucessivas leis (10.884/2004, 11.118/2005, 11.191/2005, 11.706/2008 e 11.922/2009) até a data de 31 de dezembro de 2009.

Na espécie, exsurge dos autos que o recorrido foi denunciado, pelo fato

de que, no dia 06 de julho de 2010, policiais militares apreenderam no interior de sua residência um revolver calibre 32, sendo enquadrada sua conduta no art. 12 da Lei n. 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido).

De fato, razão assiste ao Ministério Público. A conduta atribuída ao pronunciado, pelo menos a princípio, é típica, vez que perpetrada fora do prazo acobertado pela *abolitio criminis temporalis*, ou seja 31.12.2009, determinado pela Lei 11.922/09.

Nesse sentido trago à colação os seguintes julgados:

> HABEAS CORPUS. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONDUTA DO ART. 12 DO ESTATUDO DO DESARMAMENTO PERPETRADA FORA DO PERÍODO DA VACATIO LEGIS. APLICAÇÃO DA EXEGESE DO ART. 30 DA LEI 10.826/2003. CONDUTA TÍPICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. ORDEM DENEGADA.
> […] *In casu,* em se tratando de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, vislumbra-se que é típica a conduta atribuída ao paciente em relação ao art. 12 da Lei n. 10.826/03, pois não se encontra abarcada pela excepcional *vacatio legis indireta* prevista nos arts. 30 e 32 da Lei 10.826/03, tendo em vista que a busca efetuada na sua residência ocorreu em 1.7.2011 (STJ – 5A. TURMA - HC N. 226.239-MG -Rel. Min. JORGE MUSSI, j. 13.03.2012)
>
> POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO. Denúncia por infração ao art. 12 da Lei n. 10.826/03. Cultação, no interior de residência, de um revólver calibre 38 e de cartuchos do mesmo calibre. Reconhecimento de atipicidade da conduta. Rejeição da denúncia, sob o argumento da *abolitio criminis* temporária decorrente da vacatio legis da Lei 10.826/03 (art. 32) e regulamentação pela Portaria n. 797 do Ministério da Justiça. Delito cometido em 30.06.2011, portanto, depois do período de vacância determinando pela Lei 11.922/09, que prorrogou o termo final até 31 de dezembro de 2009. Denúncia recebida. Recurso ministerial provido. (TJSP – 16a. CÂMARA CRIMINAL – RSE n. 0018519-48.2011.8.26.0451 – Rel. Des. Otávio de Almeida Toledo, j. 27.03.2012)
>
> […] A conduta de possuir arma de fogo de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, revela-se típica, perpetrada que fora além do período abrangido pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista no art. 30 do Estatuto do Desarmamento, com as alterações promovidas pela Lei 11.922/09, a estender o benefício até 31.12.2009 (TJMG – 2a. CÂMARA CRIMINAL – Apel n. 0007088-74.2011.8.013.0452 – Rel. Des. Matheus Chaves Jardim, j. 08.03.2012)

Por fim, urge destacar, ser inaplicável ao caso concreto a regulamentação trazida pela edição do DL n. 7.473/2011 e da Portaria n. 797/2011, ambos de 05 de maio de 2011, retomando a estratégia da chamada "Campanha do Desarmamento", porque,

além do fato, em tese, ter ocorrido depois do dia 31.12.2009 e antes daquela data, as mesmas são normas de hierarquia inferior à Lei 11.922/09.

Demais disso, o revólver foi apreendido no interior da residência do acusado.Não houve a entrega espontânea do objeto, inexistindo a presunção de boa-fé a que se refere as aludidas normas.

III – Dispositivo:

Por tais motivos, em consonância com o parecer da douta PGJ, casso a decisão hostilizada, para, via de consequência, receber a denúncia, o que faço com observância ao disposto no Súmula 709 do STF, determinando o regular prosseguimento da ação penal.

É como voto.

Fortaleza/Ce., 24 / ABR / 2012.

Decisão de 1º Grau

PROCESSO 3508-82.2012.8.06.0068/0
LIMINAR EM AÇÃO DE IMPROBIDADE
VARA ÚNICA DA COMARCA DE CHOROZINHO
REGMA AGUIAR DIAS JANEBRO
JUÍZA RESPONDENDO

No preciso cumprimento de Ordem Judicial proveniente do Juízo *'ad quem"*, passo a examinar os pedidos liminares movidos pelo Ministério Público de providência cautelar ou antecipatória de mérito em sede de ação de improbidade administrativa ajuizada em face de TEODORICO JOSÉ MENESES NETO, TEODORICO JOSÉ BARRETO MENESES, CAMILO SOBREIRA DE SANTANA, JURANDIR VIEIRA SANTIAGO, JOAQUIM CARTAXO FILHO, FÁBIO CASTELO BRANCO PONTE DE ARAÚJO, GEORGE DE CASTRO JÚNIOR, SÉRGIO BARBOSA DE SOUSA, JOÃO PAULO CUSTÓDIO PITOMBEIRA, LUÍZA DE MARILAC XIMENES CABRAL, FRANCISCO IRAPUAN SALES LIMA, ANTÔNIO CARLOS GOMES, AURI COSTA ARARIPE, CLAEBER DA SILVA MEDEIROS, WDEMBERG MARIA NEPOMUCENO, ANTÔNIO CARLOS PEREIRA DA SILVA, MORONI MARQUES DA SILVA, BANDEIRA, DENIS RAFAEL ALVES DA SILVA, MARIA SALETE CORDEIRO DA SILVA E ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DE CHOROZINHO (20), como sejam, o pedido de decretação cautelar de indisponibilidade de bens, o pedido de compartilhamento das informações de quebra de sigilo bancário e fiscal autorizado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça e o pedido de indisponibilidade de bens, decretação da suspensão do registro da Associação dos Moradores de Chorozinho, nos seguintes termos:

DA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE 1º. GRAU DE JURISDIÇÃO PARA PROCESSAR E JULGAR AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CUJOS DEMANDADOS CONTEM COM FORO DE PRERROGATIVA DE FUNÇÃO EM AÇÕES CRIMINAIS PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

A Constituição do Estado do Ceará não prevê foro privilegiado aos Secretários de Estado ou aos Deputados Estaduais a fim de possibilitar que sejam processados junto ao Tribunal de Justiça em ações de improbidade administrativa. Nesse sentido, embora atos de improbidade possam redundar em crime, havendo caráter nitidamente penalizante com expressivas consequências nas esferas político-administrativas, não se trata de efetiva pretensão criminal e com ela não se confunde pois eminentemente, tem natureza administrativa com contorno civil em sentido amplo, razão pela qual, omissa a previsão legal da competência dos tribunais para o processamento e julgamento, os órgãos jurisdicionais competentes para processá-la e julgá-la são os Juízos de primeiro grau, ainda que agente público, como ocorre com o Secretário de Estado e o Deputado

Estadual, sejam demandados em ações mandamentais ou criminais que tenham como foro o Tribunal de Justiça por prerrogativa de função. Portanto, como já decididdido em diversos Tribunais Pátrios, *"As hipóteses de foro especial nos Tribunais de Justiça, por prerrogativa de função, resultam de norma constitucional ou infraconstitucional e, na atualidade, se restringem à ação penal e, no âmbito civil, às mandamentais com expressa previsão de foro especial"*. (Ação Civil Pública nº 0005522-98.2010.8.03.0001 (15965), Tribunal Pleno do TJAP, Rel. Mário Gurtyev. unânime, DJe 16.04.2010).

Nesse sentido decidiu o Excelso Supremo Tribunal Federal em sede de ADI 2797, da Relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, cujos efeitos vinculantes e *erga omnes* vinculam os demais Órgãos do Poder Judiciário e Executivo, de forma de repelir, vez por todas, a tese de que existe foro por prerrogativa de função embasada na CRBF em ação de improbidade administrativa, *'verbis"*:

> STF - AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL. LEI 10.628/02, QUE ACRESCENTOU OS §§ 1º E 2º AO ART. 84 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE. ADI 2.797. AGRAVO IMPROVIDO. I - O Plenário do Supremo, ao julgar a ADI 2.797, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, declarou a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, que acrescentou os §§ 1º e 2º ao art. 84 do Código de Processo Penal. II - Entendimento firmado no sentido de que inexiste foro por prerrogativa de função nas ações de improbidade administrativa. III. No que se refere à necessidade de aplicação dos entendimentos firmados na Rcl 2.138/DF ao caso, observo que tal julgado fora firmado em processo de natureza subjetiva e, como se sabe, vincula apenas as partes litigantes e o próprio órgão a que se dirige o concernente comando judicial. IV - Agravo regimental improvido. (AgReg no Agravo de Instrumento nº 554.398/GO, 1ª Turma do STF, Rel. Ricardo Lewandowski. j. 19.10.2010, unânime, DJe 16.11.2010).

Trago a colação o trecho do acórdão da ADI 2797 pertinente:

> IV. Ação de improbidade administrativa: extensão da competência especial por prerrogativa de função estabelecida para o processo penal condenatório contra o mesmo dignatário (§ 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.

Portanto, reconheço a competência deste Juízo de Chorozinho para processar e julgar a ação de improbidade administrativa ventilada em atenção a ADI 2.797, examinada em conjunto com a lei 8.429, art. 17, sem olvidar do CPC, art. 100, IV, "a" c/c "d", V, "b".

DA DESCONSIDERAÇÃO JURIDICA DA PERSONALIDADE

CIVIL DA ENTIDADE.

Diante dos fatos narrados e comprovados nos autos é possível constatar claramente que o convênio celebrado não foi executado, seja ao vislumbrar o parecer técnico emitido pelo órgão concedente, seja pelo reconhecimento firmado pela própria promovida.

Deveras, tendo sido entregue a bagatela de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) a demandada, verba pública vinculada à execução de um serviço, mas não tendo sido este executado, faz-se necessário para a proteção do erário estadual a concessão de medidas que venham a garantir o resultado prático da demanda, se ao final for julgada procedente, devendo-se observar os princípios da administração pública, a moralidade, a obediência estrita ao convênio celebrado, a teoria da *desregard doctrine*, entre outros, tudo em vista da supremacia do interesse público em face do particular.

E assim o é porque em casos excepcionais admite-se a desconsideração da personalidade jurídica para atingir a pessoa do sócio, desde que comprovada a fraude ou abuso de direito em prejuízo de terceiros, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, em detrimento dos legítimos interesses dos credores. Nessas hipóteses, a Representante Legal detêm legitimidade para integrar o polo passivo de ação de ressarcimento e/ou cautelar que tem por objeto convênio celebrado pela pessoa jurídica a que representa. Assim dispõe o art. 50 do CCB:

> Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Fundada em 11 de maio de 2010, a ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE CHOROZINHO com endereço inexistente e antes de promover qualquer ação efetivamente cidadã, firmou no interregno de menos de um mês um convênio (04 de junho do mesmo ano) recebendo na totalidade a bagatela de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) do Governo do Estado por meio da Secretaria das Cidades.

Apesar de receber a verba destinada por completo não executou o serviço com o promovente, furtando-se de apresentar a prestação de contas devida. Aduz ter contratado através de procedimento licitatório para realizar o objeto do contrato em regime de mutirão, a empresa SOUSA E FREITAS EDIFICAÇÕES, cujo termo de homologação, fls 335/v e 336 dos autos em apenso é firmado unicamente pela Associação demandada, havendo por isso, possibilidade, inclusive de subcontratação irregular.

A despeito da referência editalícia de possibilidade de subcontratação total ou parcial do objeto do convênio, é certo que a Lei Federal nº 8.666/93, em seu art. 72 c/c 116, admite a possibilidade de subcontratação da obra, serviço ou fornecimento,

até o limite admitido, em cada caso, pela administração, o que permite inferir que a legislação autoriza a subcontratação de certos limites pré-definidos pelo Poder Público, a exemplo de subcontratação de até um determinado percentual do valor licitado. Deveras, o Decreto 5504, de 05/08/2005 veio exigir que os convênios na realização do objeto oriundo de repasse de verba federal realizem licitação.

No caso, salta aos olhos o fato de que a Construtora SOUSA E FREITAS EDIFICAÇÕES recebeu o repasse da integralidade do valor do convênio celebrado entre o Estado e a demandada para unicamente realizar medições dos 200 (duzentos) kits, valor de serviço absolutamente incompatível com o mercado, que cobra somente uma visita para realizar medições. Observo que consta dos autos nota fiscal e recibos fornecidos pela referida construtora, fls. 329 a 334, dando conta do absurdo de tais valores, tendo os mesmos sido pagos pela empresa promovida.

A adjudicação do objeto desta licitação realizada entre a promovida e a construtora se mostra formalmente defeituosa, e ainda, seu objeto é a contratação da empresa para construção dos kits, pelo valor de R$ 400.000,00, fls. 336, o que diverge dos demais documentos já mencionados.

A finalidade da Associação de Moradores de Chorozinho encontra-se maculada porque criada exclusivamente para receber a verba em tablado, havendo possibilidade de comprometimento na pactuação inicial do próprio Estatuto Social. Os documentos lançados evidenciam desvio de verba pública, subcontratação e superfaturamento desses kits envolvendo a demandada e a referida CONSTRUTORA. Além disso, o endereço da promovida é fictício, como amplamente publicado pela imprensa, fato público e notório (art. 334, I do CPC).

Por outro lado, entende-se por mutirão o sistema alternativo de cooperação em que os trabalhadores são beneficiários do produto final, o que não condiz com a liberação da verba de R$ 2.000,00 (dois mil reais) por kit sanitário, nem mesmo, com a contratação de uma construtora para realizar o objeto em tablado. Não há sentido a formalização de um convênio e a liberação desta verba com a iniciativa dos próprios populares. Como se pode observar dos autos há a individualização dos beneficiários intermediados por ANTÔNIO CARLOS GOMES, de forma que o argumento da inexistência de mão-de-obra evidencia-se frágil e desconexa aos documentos apresentados.

Considero as irregularidades suficientes para aplicar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e atingir a pessoa da sócia, vez que a pessoa jurídica foi manipulada em detrimento do interesse público. A aplicação da teoria da *desregard doctrine* é admissível no caso concreto uma vez que verificada a utilização abusiva da forma societária com prejuízo do Estado, constatada a ruptura manifesta entre a realidade e a forma jurídica. Justifica-se a desconsideração da personalidade jurídica atingindo-se o patrimônio pessoal do sócio porque a atuação foi dela e não da sociedade, tanto é que a pessoa jurídica não conta sequer com endereço legítimo, tendo sido criada para suplantar formalidades ínsitas ao convênio.

Sendo o principal objetivo da *disregard doctrine* coibir a fraude e o abuso praticados sob o manto da pessoa jurídica, autoriza o juiz a ignorar episodicamente a autonomia patrimonial da pessoa jurídica face às pessoas que a integram. Constata-se o abuso da estrutura formal da pessoa jurídica, no entender de Sérgio Campinho, quando "sua existência só tem razão de ser para combater o intuito fraudulento de seu fundador". Nestas hipóteses, "os indivíduos que constituem o ente personificado almejam um instrumento que lhes permita esquivarem-se da incidência de norma legal ou cláusula contratual, que, de algum modo, lhes seja desfavorável".

Observo ainda, que por se tratar de interesse público, cujo manuseio exige de qualquer pessoa, física, jurídica, pública ou privada a concretização dos princípios gerais da administração pública, entre eles, legalidade, moralidade e eficiência, mostrando-se ainda mais necessário o uso de medidas que assegurem o resultado prático da ação para garantir o ressarcimento integral ao erário devendo o convenente em convênio para recebimento de verba exclusivamente oriunda de impostos, agir nos limites estritos do convênio celebrado, sob pena de responder pessoalmente pelos danos causados ao Estado.

Da mesma forma, o convênio com entidades privadas que incorram em repasse de verba são vedados a entidade sem fins lucrativos que tenha por dirigente agente político de Poder ou Ministério Público, dirigente de órgão ou entidade da administração pública de qualquer esfera governamental, cônjuge, companheiro, parente em linha reta ou afim, até o segundo grau (art. 2º., II com redação dada pelo Decreto 6619/08).

Além disso, a LDO, Lei 12.309/2010, determina em seu artigo 112 que as entidades públicas e privadas beneficiadas com recursos públicos a qualquer título submeter-se-ão à fiscalização do Poder Público, com a finalidade de verificar o cumprimento de metas e objetivos para os quais recebem os recursos.

O dinheiro repassado por meio de convênio não perde sua natureza de dinheiro público, estando sujeito ao controle financeiro e orçamentário previsto no art. 70 da CRFB.

Da mesma forma, dispõe a LIA ao admitir que o não agente público concorra na prática de ato de improbidade administrativa, desde que dela se beneficie, inteligência do art. 3°.

Apesar dos representantes legais da Associação demandada não serem servidores públicos, a conclusão se dá pela leitura contextualizada dos preceitos da Lei 8429, notadamente, arts. 5° e 6°, interpretada com olhos na Constituição de 88 em seu art. 37, face o neoconstitucionalismo no qual estamos inseridos, *"verbis":*

> Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.
>
> Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa

> ou culposa, do agente ou de **terceiro,** dar-se-á o integral ressarcimento do dano. (Grifei)

Art. 6º No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou **terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio. (Grifei)**

> Art. 11º. 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:
> **I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;**
> **...**
> **VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;**

Assim se posicionam os Tribunais Pátrios, "verbis";

> "PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. LEI 8.429/92. POSSIBILIDADE. CONVÊNIO ENTRE MUNICÍPIO E ENTE FEDERAL. ATRIBUIÇÃO DO TCU DE FISCALIZAR A CORRETA APLICAÇÃO DO REPASSE. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. RECURSO IMPROVIDO. 1. De início, é importante consignar que a decisão agravada encontra-se dotada de fundamentos suficientes para concessão das medidas requeridas pelo MPF, que apenas observou a finalidade da medida cautelar, qual seja, a garantia de conservação necessária ao cumprimento de eventual comando sentencial que obtenha êxito no reconhecimento da obrigação de ressarcir os cofres públicos. 2. Outrossim, não vislumbro, na espécie, a presença do dano irreversível ou de difícil reparação que não seja inerente à própria natureza da questão controvertida, sendo plausível, em casos que tais, dar prevalência ao interesse público. 3. Constata-se, da acurada leitura dos autos, que o Ministério Público, na ação de improbidade originária, objetiva à condenação dos agravantes nas sanções previstas no art. 12, da Lei 8.429/92, em razão de supostas irregularidades envolvendo recursos advindos do DNOCS - Departamento Nacional de Obras Contra as Secas e a Prefeitura Municipal de Capistrano/CE. 4. Impende ressaltar, ainda, que, tratando-se de verbas federais, há a sujeição de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União, nos termos do art. 71, VI, da CF. E, por sua vez, cuidando a ação de improbidade de verba malversada decorrente de convênio sujeito à prestação de contas perante Órgão Federal, a competência seria da Justiça Federal. Nesse sentido, precedente unânime desta egrégia Primeira Turma (AgTR - 76.389/CE - Relator Desembargador Federal Francisco de Barros e Silva - DJ de 30.09.2008). **5. No tocante à questão da legitimidade passiva *ad causam* do sócio-agravante, a Lei nº 8.429/92, em seu artigo 1º, dispõe que os atos de improbidade administrativa são aqueles praticados por qualquer agente público, e**

> **o art. 3º, da mesma Lei prevê que as suas disposições são aplicáveis, "no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta". 6. No caso concreto, há indícios da prática de atos de improbidade, como asseverou o representante do Ministério Público (fls. 285/286): A decisão vergastada ressaltou que a pessoa jurídica Karatius Construções, Serviços e Transportes Ltda. não deteria "solidez e confiabilidade, dado que sequer localização e inequívoco funcionamento apresenta" (fls. 43). Tal fundamento foi determinante para a inclusão do sócio Jânio da Silva Brito no polo passivo da demanda. Destacaram, então, os agravantes que não houve tentativa da empresa em se furtar das intimações emanadas do Poder Judiciário. É forçoso reconhecer, como o fez a decisão vergastada, a fragilidade da empresa em questão. Basta, para tanto, uma análise do documento acostado às fls. 279, referente ao "Relatório de Demandas Especiais" instaurado pela Controladoria-Geral da União, pelo que se verifica que até mesmo o novo endereço da pessoa jurídica, devidamente registrado na Junta Comercial competente e na Receita Federal, não tem correspondência com a realidade. Destarte, existem fundados indícios de abuso da personalidade jurídica, o que autoriza a desconsideração da mesma, e, como corolário, a inclusão do sócio administrador no polo passivo da demanda.** 7. Agravo de instrumento ao qual se nega provimento para manter a decisão que determinou a indisponibilidade de bens e valores dos agravantes." (AGTR nº 92.931/CE (2008.05.00.101264-3), 1ª Turma do TRF da 5ª Região, Rel. Francisco Cavalcanti. j. 16.09.2010, unânime, DJe 24.09.2010). Grifo nosso.

No uso do inicialmente mencionado poder geral de cautela, configurados os requisitos da plausibilidade e necessidade, *fumus* e *periculum*, por tudo narrado e comprovado pelos documentos lançados aos autos, entendo necessário utilizar do mesmo poder geral de cautela para afastar a personalidade jurídica da Associação e atingir a pessoa da Responsável Legal.

Tal se dá imediatamente, apesar do pedido subsidiário do Estado, em vista o documento de fls. 179 a 181, uma vez que o mencionado extrato bancário comprova não mais se encontrar depositado naquela conta os valores em tablado. Há nos autos recibos emitidos pela Associação demandada em favor da empresa SOUSA E FREITAS EDIFICAÇÕES, fls. 160 e seguintes, que teoricamente haveria adjudicado o objeto de licitação dos kits sanitários, fls. 175, havendo indício de subcontratação, mas essa pessoa jurídica não restou apontada pelo autor da ação. Em suma, encontra-se comprovado nos autos que os valores pleiteados não se encontram na conta bancária da promovida, mas sim, foram pagos mediante recibo e nota fiscal em sua totalidade a empresa SOUSA E FREITAS EDIFICAÇÕES, para simples medição dos kits, valor incompatível com o mercado.

Portanto, a decisão de bloquear contas da promovida apesar de conveniente parece inócua, exigindo do Poder Judiciário o exame completo dos pedidos narrados

na exordial, no manuseio do devido processo legal e dos preceitos de processo civil admitidos pelo Estado de Direito a fim de garantir a futura execução e o ressarcimento do erário. Vejamos decisões dos Tribunais Pátrios*, "verbis":*

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PENHORA ONLINE. CONTA DO REPRESENTANTE LEGAL DA EMPRESA RÉ. PARTE LEGÍTIMA. LEGALIDADE DA CONSTRIÇÃO. RESGUARDAR INTERESSE PÚBLICO. RECURSO DESPROVIDO. 1. É certo que a pessoa física do representante legal e a pessoa jurídica representada não se confundem, exceto quando há, no bojo da ação civil pública, desconsideração da personalidade da empresa. 2. Entretanto, tratando-se de ação de improbidade administrativa, entendendo que a medida de urgência atacada em sede recursal tem a única pretensão de resguardar o interesse público, diante da obrigatoriedade de reparação integral (e solidária) de eventuais lesões impingidas ao erário. Assim, desconsiderar a condição de requerido de Eudier Antônio da Silva, na ação originária (improbidade administrativa), seria ater-se a um formalismo excessivo, em contraponto à tutela do bem maior, qual seja, o interesse público. 3. Recurso conhecido e desprovido. (Agravo de Instrumento nº 35101111785, 2ª Câmara Cível do TJES, Rel. Fernando Estevam Bravin Ruy. j. 17.08.2010, unânime, DJ 08.10.2010).

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DOS BENS. BACENJUD. POSSIBILIDADE. ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DESNECESSIDADE. VERBA ALIMENTAR. 1. Para impor a indisponibilidade dos bens dos demandados, com a finalidade de assegurar a futura execução de eventual sentença condenatória que vier a ser proferida em ação civil pública por improbidade administrativa, a disposição legal pressupõe a ocorrência de efetiva lesão ao patrimônio público ou de enriquecimento ilícito por meio da prática de ato de improbidade, resguardando, em última análise, o ressarcimento ao erário e a efetividade do processo judicial. 2. No caso, a inicial se baseou em auditoria do Departamento Nacional de Auditoria do SUS, em conjunto com a Controladoria-Geral da União, a qual apontou diversas irregularidades em processo licitatório instaurado para aquisição de ambulância pelo município de Contenda/PR, com elementos suficientes a embasar a medida constritiva de indisponibilidade dos bens. 3. Após a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, não mais se exige do credor a comprovação de esgotamento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem bloqueados pela via do BACENJUD. 4. Verbas alimentares devem ser excluídas da constrição judicial, a depender de prova dos demandados e de análise criteriosa do juízo *a quo*. 5. Agravo de instrumento parcialmente provido. (Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.009409-5/PR, 3ª Turma do TRF da 4ª Região, Rel. Fernando Quadros da Silva. j. 23.11.2010, unânime, DE 29.11.2010).

Desta forma, se faz necessário, neste momento, invadir as contas bancárias das pessoas jurídica e física, sucessivamente, a fim de alcançar o valor resultante do

enriquecimento ilícito, ou seja, até o limite de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Realço que após a alteração legal do art. 655 do CPC, com a lei 11.382/2006, o credor tem direito a reclamar em primeiro lugar o dinheiro, motivo pelo qual a ordem de preferência desta decisão gravita em torno de valores monetários.

DA AÇÃO CONJUNTA DE SERVIDORES PÚBLICOS DOS QUADROS DO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO E DA SECRETARIA DAS CIDADES E AÇÃO DANOSA AO PATRIMÔNIO PÚBLICO ESTADUAL

A tentativa de solucionar o problema do saneamento básico nas cidades interioranas do Estado do Ceará levou a idealização de um modelo de convênio para construção dos conhecidos "kits sanitários". As pessoas carentes dessas cidades seriam beneficiadas com material e mão de obra para a referida construção desde que fossem firmados convênios de colaboração. Uma pessoa jurídica fundada pela população seria a intermediária do povo para o recebimento de recursos, sendo admissível nos termos do convênio até mesmo a colaboração com os beneficiados em regime de mutirão para a construção dos banheiros. A entidade receberia verba pública e privada nesta finalidade.

Foram criadas inúmeras entidades sem fins lucrativos, uma em cada cidade alencarina apontadas em portarias existentes nos autos, mas todas compostas por diretoria pinçada das comunidades carentes, unicamente para este fim, demonstrando o desvio de finalidade da criação de tais personalidades jurídicas.

A prova de tais fatos se encontra coligada porque similares, se deram em várias cidades do interior e a verba foi espalhada de tal maneira a não representar uma perda extraordinária contra um só município. Todavia, o prejuízo para o Estado do Ceará como um todo gravita na órbita de dois milhões de reais.

Para exame do caso faz-se necessário observar que as entidades beneficiadas foram criadas para este único fim, estavam previamente definidas e interligadas entre si. Aquelas que foram objeto de estudo detalhado pelo *Parquet* Estadual nesta ação, Chorozinho, Pindoretama, Pacajus, Cascavel e Horizonte tinham conta bancária na mesma agência do banco Bradesco em Fortaleza, o endereço apresentado no convênio não existia, buscaram a criação das entidades de maneira açodada, em data muito próxima ao protocolamento do pedido de convênio, não apresentaram documentos mínimos exigidos para firmarem um convênio com o Governo do Estado em vista de auferir verba, eram administradas e representadas pelas mesmas pessoas. Apesar de constar do convênio um plano de trabalho previsto, não honraram em apresentá-lo ou o aprestaram falsamente e tiveram tramitação livre dos convênios, não comprovaram a realização concreta da obra, tendo recebido, contudo, a segunda parcela do convênio sem qualquer avanço físico dos banheiros. Houve inserção fraudulenta no sistema de dados do SACC reconhecida nos autos declarando regulares entidades que se encontravam inadimplentes. Além disso, há indícios de documentação montada e liberação de recursos sem atender aos ditames da Lei Estadual 134.553 que exige o funcionamento de pelo menos dois

anos para a entidade receber recursos públicos. Por fim, até o presente momento, o que se sabe é que não houve o cumprimento de metas físicas, de forma que os pobres não receberam os kits sanitários.

A própria Secretaria das Cidades emitiu parecer final na qualidade de tomador de contas especial, do qual pinço trechos esclarecedores as fls. 433 e seguintes dos autos em apenso:

"III – CONCLUSÕES –

"... que a conduta da Associação dos Moradores de Chorozinho causou dano ao erário pelas seguintes razões: a) não aprovação da prestação de contas; b) não execução total do objeto pactuado".

É possível observar, ademais, que o relatório emitido no processo 05526/2011-0 exarado pelo próprio TCE, assevera as fls. 380/v dos autos em apenso que a prestação de contas apresentada era inverídica, torneada por notas fiscais frias e recibos fraudulentos, tendo se verificado in loco que nenhum kit sanitário havia sido construído.

DA ATUAÇÃO DE CADA UM DOS PROMOVIDOS

TEODORICO JOSÉ MENESES NETO.

Evidenciou ser o liame comum entre as ações ímprobas realizadas em detrimento do Estado do Ceará no desvio de recursos destinados a construção de kits sanitários em favor de famílias carentes de Chorozinho. Foi diretamente beneficiado com tais valores, principalmente na aquisição de um imóvel sito à Rua Fiscal Vieira, ação cuja transferência dos valores se encontra declinadas nos autos, já reconhecida pelo Colendo STJ, motivo do afastamento do cargo de Conselheiro de Contas Estadual.

TEODORICO JOSÉ BARRETO MENESES.

Muito embora o entendimento da Excelentíssima Ministra Nancy Andryghi ao examinar o pedido de afastamento contra ele ajuizado em sede de ação criminal tenha sido no sentido de constatar que as contas de campanha foram contabilizadas e declaradas sem irregularidade eleitoral, resulta da inicial, mais precisamente às fls. 72 *usque* 75, elementos indicadores de que o Sr. Antônio Carlos Gomes, apontado como intermediador de ações ímprobas cometidas ao longo da cadeia estabelecida com verba pública supostamente desviada, pagava despesas pessoais do requerido Teodorico José Barreto Menezes durante o período do eventual desvio e da campanha eleitoral motivo suficiente para que o mesmo deva responder juntamente aos demais, no início de demanda pelo *fumus boni juris* e *periculum in mora* de uma atuação eventualmente incorreta.

AURI COSTA ARARIPE

Foi beneficiado com o valor de R$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil reais)

oriundos da entidade beneficiária do convênio inadimplido. Há comprovação do recebimento de valores em cheque colacionado aos autos.

ANTÔNIO CARLOS GOMES

Mantinha as ações de intermediação, sempre presente na realização dos convênios, arregimentava a confiança dos moradores, fls. 362, e mantinha laços de confiança com o primeiro acionado, realizando as ações físicas necessárias para efetivar a fraude. Exercia cargo de confiança junto ao TCE.

CAMILO SOBREIRA DE SANTANA

O demandado firmou o segundo termo aditivo de prazo ao convênio 125/CIDADES/2010 com a entidade "comunitária" de Chorozinho, ato que o compromete sobremaneira tendo em vista a liberação de verba sem a devida prestação de contas, em favor de entidade inadimplente. Encontro na assinatura do gestor às fls. 311, 312 e 313 dos autos em apenso indício suficiente para que o mesmo venha a responder solidariamente com os demais acionados por ação de improbidade administrativa, cabível igualmente o sequestro de bens previsto na Lei 8.429, art. 16.

Observo que as fls. 311/v faz-se possível constatar a informação originada do Assessor Jurídico George de Castro Júnior no sentido de que havia sido liberado 100% (cem por cento) do valor do convênio, mas que não havia nenhuma prestação de contas, opinando, todavia, aquele assessor, pela prorrogação do convênio por mais 03 meses. Foi nesse sentido que o Sr. Secretário firmou o termo aditivo, motivo pelo qual foi liberada uma segunda verba a entidade inadimplente, fls. 321 e 322. Além disso, ao arrepio da lei 8.666 e das normas administrativas que regem a espécie, postergou a prestação de contas e com a formalização do aditivo possibilitou sem que houvesse a comprovação de qualquer fato excepcional ou imprevisível alheio a vontade das partes capaz de alterar as condições de execução do contrato, acabou por autorizar a liberação da segunda parcela, também no montante de R$ 200.000,00, vide fls. 322 dos autos em apenso.

JURANDIR VIEIRA SANTIAGO

Da mesma forma, o presente demandado veio a firmar o ajuste exordial entre a Associação de Moradores de Chorozinho e o Governo do Estado por intermédio da Secretaria das Cidades, fls. 316/v, 387 *usque* 397 dos autos em apenso, sem contudo atender as normas legais que regem a espécie, admitindo um convênio ao arrepio da Lei 8.666, da LDO e da Lei Estadual, *e.g.*, a entidade não contava com tempo suficiente de funcionamento, entre outras exigências legais.

JOAQUIM CARTAXO FILHO

Também esse promovido foi subscritor do primeiro termo aditivo do convênio 125/CIDADES/2010, apesar da inadimplência discorrida, fls. 221.

FABIO CASTELO BRANCO PONTE DE ARAÚJO

Determinou o pagamento da primeira parcela, como se lê das fls. 58 a 63 dos autos em apenso.

Foi um dos responsáveis pela liberação da segunda parcela do convênio

sem que houvesse a regular apresentação das contas relativas a primeira liberação. Firmou o pedido de solicitação do complemento do convênio, como se pode aferir das fls. 64 a 70 dos autos em apenso. Realizou a operação sem que houvesse o impulso da entidade beneficiada, apesar de inexistente o cumprimento de metas físicas.

GEORGE DE CASTRO JÚNIOR

Participou ativamente da realização do convênio irregular, sem documentação suficiente em desatenção a legislação estadual, como era ato de seu ofício e se lê as fls. 50.

Opinou pela prorrogação dos convênios apesar de constatar que não havia prestação de contas sobre a primeira parcela, como se pode aferir do relatório encaminhado e firmado pelo Sr. Secretário as fls. 311/v, já mencionada nesta decisão liminar.

SÉRGIO BARBOSA DE SOUSA

Participou ativamente da perfectibilização do convênio, opinando favoravelmente pela celebração do acordo ao arrepio da lei estadual, como era ato de seu ofício, fls. 54 e 56

Solicitou indevidamente a formalização de dois aditivos para a prorrogação dos prazos de prestação de contas e viabilização da liberação dos valores, fls. 300 e 306/v dos autos em apenso.

JOÃO PAULO CUSTÓDIO PITOMBEIRA

Colaborou para a formalização do convênio, além de dos dois aditivos de prorrogação de prazos, sem observar o dever de ofício, fls. 316/v, fls. 309 e 300/v.

LUÍZA DE MARILAC XIMENES CABRAL

Colaborou para a formalização do convênio, além de dos dois aditivos de prorrogação de prazos, sem observar o dever de ofício, fls. 316/v, fls. 309 e 300/v.

FRANCISCO IRAPUAN SALES DE LIMA

Reconheceu ter alterado o sistema informático de convênio e contratos – SACC, possibilitando o recebimento de uma segunda liberação de verba a entidade acionada.

CLAEBER DA SILVA MEDEIROS

Presidente da entidade de moradores de Chorozinho, declarou falsamente uma construção não executada e apresentou documentos falsos para comprovar a realização de gastos com a construção dos kits.

ASSOCIAÇÃO DOS MORADORES DE CHOROZINHO

Entidade sem fins lucrativos criada especialmente para o fim de receber verbas e realizar kits sanitários em favor da comunidade carente, mas teve suas contas desaprovadas e até o presente momento permanece inadimplente. Funcionou como entidade fantasma, sem objetivos claros, com declarações falsas para comprovar os gastos realizados com o dinheiro público, havendo inclusive declaração de obra não executada.

WDEMBERG MAIA NEPOMUCENO

Tesoureiro da entidade responsável pelo dano ao erário, fls. 08.
CARLOS ANTÔNIO PEREIRA DA SILVA.
Secretário da entidade responsável pelo dano ao erário, fls. 08.
MORONI MARQUES DA SILVA BANDEIRA.
Presidente do Conselho da entidade responsável pelo dano ao erário, fls. 08.
DENIS RAFAEL ALVES DA SILVA.
Conselheiro da entidade responsável pelo dano ao erário, fls. 08.
MARIA SALETE CORDEIRO DA SILVA.
Conselheira da entidade responsável pelo dano ao erário, fls. 08.

DOS PEDIDOS LIMINARES

Para a concessão das liminares requeridas, como é próprio em tutelas de urgência, incidentais ou não, é necessário o preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, ou seja, devem ficar evidenciados: 1. A existência de indícios do direito alegado e 2. Os riscos/prejuízos que a demora na efetivação da prestação jurisdicional poderá ocasionar.

Os alegados danos decorreram de uso de dinheiro público em desrespeito às normas da Constituição e das leis pertinentes aos repasses de valores da Administração Pública estadual a entidades não governamentais. As faltas imputadas aos requeridos consistem no orquestramento de uma refinada organização, envolvendo servidores e gestores públicos, no desvio de verbas públicas através de simulacros de convênios com interesse social.

A narrativa ministerial logrou êxito em identificar as condutas de cada um dos promovidos, especificando com clareza a identificação da função de cada um deles na "divisão de trabalho" do grupo.

Os supostos desvios, destaque-se, caso confirmados na instrução, não configuram simplesmente um dano numérico ao erário. Há um prejuízo ainda mais grave e merecedor de maior reprovação por parte dos órgãos de controle. Cuida-se do dano das centenas de famílias desta municipalidade que não possuem condições de construírem instalações sanitárias adequadas para a higienização de suas moradias. Essas pessoas permanecem sem assistência do poder público no atendimento de necessidade básicas. Evidente as repercussões na qualidade da saúde individual e coletiva desses grupos.

Os inúmeros documentos acostados à inicial, entre eles extratos bancários, cheques, processos administrativos etc, apresentam indícios suficientes para sustentar a verossimilhança das alegações do *Parquet,* como já apontado minuciosamente acima.

Assim, as condutas e omissões dos promovidos, narradas na inicial, caracterizam-se, aparentemente, como ímprobas, pois além do prejuízo numérico ao erário, violaram os deveres de honestidade, legalidade, imparcialidade e lealdades às instituições que pertenciam.

Por conseguinte, em um juízo não exauriente, ressalte-se, visualiza-se a obrigação dos responsáveis em ressarcir ao erário os supostos prejuízos por este suportado.

Assim, perfeitamente configurado o *fumus boni iuris*, um dos requisitos das medidas liminares requeridas.

Outrossim, o representante do MP alega haver fundado receio de que, com o conhecimento da propositura desta ação e a inevitabilidade de outras ações semelhantes, (os requeridos) simplesmente extraviem ou dissipem os seus bens, para tornar ineficaz, na prática, a futura ação executiva.

Com efeito, uma vez sabendo de procedimento judicial em andamento, tendentes a condenar-lhes ao pagamento de danos decorrentes de suas condutas, é razoável crer que os requeridos possas se utilizar de manobras de transferência patrimonial para obnubilar a efetividade de eventual condenação.

As pessoas jurídicas requeridas, por sua vez, poderão continuar sendo usadas para simular negócios espúrios, através, por exemplo, da emissão de notas fiscais frias ou celebração de pactos ilícitos com outras Administrações.

Destarte, patente a existência de *periculum in mora*, segundo requisito para a concessão das liminares requeridas pelo MP.

Sobre o tema, pertinente é o disposto no art. 7º da Lei n.º 8249/1992:

> Art. 7° **Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público** ou ensejar enriquecimento ilícito, **caberá** a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para **a indisponibilidade dos bens do indiciado**.
> Parágrafo único. **A indisponibilidade a que se refere o *caput* deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano**, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

O dispositivo faz menção expressa ao instituto da indisponibilidade de bens como instrumento que deve ser usado quando houver dano decorrente dos atos tidos por ímprobos, sendo esse exatamente o alegado na inicial.

As medidas de indisponibilidade e sequestro de bens visam a assegurar o resultado útil do processo, possibilitando no âmbito de ações de responsabilidade civil por ato de improbidade administrativa eventual ressarcimento ao erário, bem como execução da multa civil. Quando a parcela de culpa de cada um dos envolvidos não se mostra tão clara e quantificável no início da ação de improbidade, entende-se como solitária a responsabilidade entre eles pelo suposto dano, razão pela qual a medida deve incidir sobre o patrimônio de todos. Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. MEDIDA CAUTELAR. BLOQUEIO DE BENS E DESTRANCAMENTO DE RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.

> 1. **É entendimento assente que, nos casos de improbidade administrativa, a responsabilidade é solidária até, ao menos, a instrução final do feito em que se poderá delimitar a quota de responsabilidade de cada agente para o ressarcimento.**
> 2. Se existem fundadas dúvidas quanto à suficiência dos bens que devem ser utilizados para o ressarcimento ao erário, não é aconselhável a sua disponibilização irrestrita e incondicionada por decisão desta Corte, ao menos em sede de medida cautelar, para que não se antecipe o julgamento de mérito da questão principal.
> 3. A jurisprudência desta Corte estabeleceu-se no sentido de somente admitir o destrancamento do recurso especial quando a retenção do apelo possa torná-lo inócuo, exigindo-se um mínimo de perigo da demora. Precedentes: MC 17.767/ES, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 23/11/2011; AgRg no Ag 1.162.310/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 06/10/2011, DJe 11/10/2011. Medida cautelar procedente em parte, apenas para se determinar o destrancamento do recurso especial. (MC 15.207/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/02/2012, DJe 10/02/2012).

DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

Por fim, a responsabilidade de promovidos em ação de improbidade é tida como solidária, de forma que todos devem responder pelo montante total da ação, para posteriormente sendo o caso, ajuizar o regresso. Nesse sentido, a solidariedade no pagamento do valor implica em que sendo vários os agentes/devedores, pode o credor (a Administração Pública) exigir de qualquer um dos ímprobos toda a quantia devida para o ressarcimento dos danos. Por outro lado, uma vez pago o débito por qualquer um, dos devedores, cumprindo-se, assim, integralmente a obrigação, aquele que pagou integralmente o débito pode, mediante ação regressiva, exigir o reembolso de parte do que pagou (excluída a sua) dos outros coobrigados.

Ante a tudo o que foi exposto, estando patente a existência de *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, **DEFIRO OS PEDIDOS LIMINARES nos seguintes termos:**

**A) Determino a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite de R$** R$ 493.924,69 (quatrocentos e noventa e três mil, novecentos e vinte e quatro reais e sessenta e nove centavos), para assegurar a devolução dos valores supostamente desviados do erário;

A.1) Para tanto, determino o bloqueio, através do sistema do BANCEJUD, dos ativos financeiros e sequestro de valores depositados nas contas correntes, poupanças e aplicações financeiras de titularidade das pessoa físicas e jurídicas requeridas;

A.2) Igualmente, determino a indisponibilidade dos veículos registrados em nome do requerido, devendo o DETRAN/CE ser oficiado para, em cumprimento a esta decisão, realizar as anotações de praxe;

A.3) Em continuação, cientifiquem-se os Cartórios de Registro de Imóveis de Pacajus, Fortaleza, Chorozinho, Horizonte, Cascavel e Pindoretama, com a finalidade de gravar com CLÁUSULA DE INDISPONIBILIDADE OS IMÓVEIS registrados em nome dos requeridos nesta ação.

B) Determino a suspensão do registro da empresa SOUSA & FREITAS EDIFICAÇÕES LTDA E DA ASSOCIAÇÃO DE MORADORES DE CHOROZINHO no Ofício do Registro de Pessoas Naturais, vedando a essas pessoas jurídicas a celebração de acordos convênios e contratos de qualquer natureza.

Oficie-se à Junta Comercial do Ceará e ao registro de pessoas jurídicas competente, comunicando o teor desta medida, cujo dispositivo deve ser anotado às margens dos respectivos registros.

Após o cumprimento dos expedientes ora determinados, em aplicação analógica do art. 17, § 7º, da Lei n.º 8429/1992, notifiquem-se os representados, para, querendo, apresentar suas manifestações por escrito.

Comunique-se ao Relator.

Expedientes necessários.

Fortaleza, aos 04 de dezembro de 2012.

REGMA AGUIAR DIAS JANEBRO
JUÍZA RESPONDENDO

PROCESSO 12114-89.2012.8.06.01326/0
AÇÃO CIVIL PÚBLICA.
DECISÃO INTERLOCUTÓRIA.
2ª. VARA DA COMARCA DE PACAJUS
REGMA AGUIAR DIAS JANEBRO
JUÍZA TITULAR DA 2ª. VARA DE PACAJUS

Cogita-se pedido liminar sem ouvir a parte adversa em Ação Civil Pública intentada pelo *Parquet* Estadual no exercício de suas funções em desfavor do Município de Pacajus, com emenda inicial, cujo escopo se limita a honrar a folha de pagamento, garantir a continuidade do serviço público e a reposição dos recursos retidos dos servidores a serem destinados ao Fundo de Previdência Social, diante de atos de provável improbidade administrativa constatados em relatório firmado pelo TCM submetido ao exame da PROCAP (Procuradoria dos Crimes contra a Administração Pública) e para tanto entende necessário o bloqueio de ICMS, FPM e Fundeb.

Consta dos autos, ainda, narrativa do povo afirmando que as crianças padecem por falta de água, transporte e que servidores ainda não receberam o pagamento do mês de novembro, de forma que a população se encontra receosa e comparece perante este Fórum denunciando situação gravosa que atravessa o Município no apagar das luzes da gestão atual.

Relatei, decido:

A Cidade de Pacajus se encontra em um lamentável abandono por parte do Executivo, que, não tendo saído vitorioso das eleições padece diante do inadimplemento de suas dívidas, encontrando entraves para administrar a máquina pública.

DA PROVA INEQUÍVOCA E VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES.

O Ministério Público atuante provocou a visita do Tribunal de Contas cujo relatório técnico dormita nos autos e ressalta a constatação de graves irregularidades, ofensas a ordem administrativa e aos princípios basilares da administração pública, entre eles, irregularidades na nomeação de membros das comissões permanentes de licitações e pregão presencial em desacordo com as imposições da lei, ausência de comunicação ao TCM das licitações realizadas, irregularidades na contratação de veículo escolar e superfaturamento do serviço, irregularidades na contratação de serviços de coleta dos resíduos sólidos, no processo de licitação de aquisição de combustíveis, de óculos de grau, constatação do favorecimento da empresa WANDERLEY LIMA DE AGUIAR-ME, no fornecimento de hortifrutigranjeiros, irregularidades na contratação da empresa ESCOTEC, OCARA CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA, graves endividamentos, como sejam, empenhos a pagar cujo saldo para a administração seguinte já verga no importe de sete milhões de reais, inadimplência do recolhimento de previdência social, ausência de controle interno, tendo sido constatado, ainda pelo TCM, o sucateamento

das escolas municipais e a omissão no fornecimento da merenda escolar. Além de tudo isso, a Comuna padece na saúde com o corte de pessoal e notícia do atraso no pagamento da folha, havendo irregularidade na contratação do quadro de servidores, tudo noticiado e fundamentado em relatório técnico firmado pelo TCM.

Noutro giro, a situação permanece inalterada, desde a visita do Órgão de Fiscalização, tendo em vista as narrativas dos populares que denunciam as fls. 1.085 *usque* 1.089 o sucateamento de ambulâncias, bem como, a falta de água e profissionais de saúde nos postos, redução significativa do transporte escolar e ainda, a situação do Conselho Tutelar e do CREAS que funcionam apenas em função do desvio de energia elétrica (o famoso "gato"), havendo, por fim, atraso no pagamento de servidores.

Diante do quadro caótico e das provas apresentadas nos autos, na investigação pavimentada pelo MP em conjunto com o TCM, em que foram constatadas irregularidades aviltantes pelo fiscalizador municipal, com suporte probatório suficiente nos autos a configurar a prova inequívoca das alegações do *Parquet,* devendo a Justiça posicionar-se diante da verossimilhança das alegações para manter o serviço público essencial e garantir os salários dos servidores públicos, em vista dos princípios da administração pública, tais como, continuidade e supremacia do serviço público, moralidade administrativa, sem olvidar a dignidade do servidor que padece no recebimento dos salários.

Observo que o princípio da supremacia do interesse público vincula o legislador, mas também e principalmente a autoridade administrativa na sua atuação como gestor. Como bem pontua o Nobre Prof. Celso Antônio Bandeira de Melo[1]: *"... interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis".*

E arremata Maria Sylvia Zanella de Pietro[2]: *"as pessoas administrativas não tem portanto, disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização."*

Além disso, observo que o interesse público na continuidade do serviço se encontra positivado na lei 9784/99, art. 2º, em que veda a renúncia do mesmo pelas autoridades administrativas.

Os Tribunais Regionais Federais, em comunhão de entendimentos com o STJ, já autorizou o bloqueio de recursos do FPM para quitar dívidas fiscais, de forma que o bloqueio, segundo um critério objetivo de proporcionalidade, deve também ser admitido para viabilizar a continuidade do serviço público e pagamento de pessoal, vez que tais parcelas evidenciam essencialidade e caráter alimentar, respectivamente. Pinço acórdão nesse sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RETENÇÃO DE RECURSOS

1 (2004:69)

2 (2011:67)

DO FUNDO DE PARTICIPAÇÃO DOS MUNICÍPIOS. ACORDO CELEBRADO ENTRE O MUNICÍPIO E O INSS. POSSIBILIDADE. LIMITAÇÃO A 15% DA RECEITA LÍQUIDA MUNICIPAL MENSAL. EMENDAS CONSTITUCIONAIS 03/1993 E 29/2000. ARTIGO 160, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CF. CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. GFIP. CPD-EN. 1. O parágrafo único do artigo 160 da Constituição Federal, com a nova redação introduzida pela Emenda Constitucional nº 03/93 e acréscimos da EC nº 29/2000, prevê a possibilidade de retenção do FPM, quando o Município encontra-se inadimplente para com as autarquias federais. 2. São legítimas as cláusulas do Termo de Amortização da Dívida Fiscal assinado pelo Município e o INSS, posto que em conformidade com art. 5º, § 4º, Lei 9.639/98, e o artigo 38, § 12, da Lei nº 8.212/91, alterado pela Medida Provisória 2.187/2001. 3. De acordo com o disposto no art. 5º, § 4º, da Lei 9.639/98, a amortização referida no art. 1º, acrescida das obrigações previdenciárias correntes, poderá, mensalmente, comprometer até quinze pontos percentuais da Receita Corrente Líquida Municipal. 4. As obrigações correntes identificadas pelo próprio município são regularizadas por Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - GFIP, nos termos do art. 32 da Lei 8.212/1991, regulamentada pelo Decreto 2.803/1998, de forma que o crédito previdenciário, a partir da entrega daquela, encontra-se constituído e exigível. 5. Em suma, tem-se entendido (TRF1 + STJ) constitucional o bloqueio do FPM: a nova redação do art. 160, parágrafo único, da CF/88 (EC nº 03/93), permite à União e suas autarquias a retenção das receitas tributárias passíveis de repartição (art. 157 a art. 158 da CF/88), para pagamento dos seus créditos, tanto aqueles advindos de termo de amortização de dívida fiscal (TADF), quanto os derivados de obrigações tributárias correntes inadimplidas" (AC 2000.33.00.024040-8/BA, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 45 de 22.01.2010). 6. Remessa oficial, na hipótese, descabida. Em que pese o município seja o autor na presente ação, cuja sentença monocrática julgou improcedente o pedido, não há que se falar em remessa oficial, vez que não ocorre a hipótese do art. 475, I, do CPC. 7. Neste sentido, já se pronunciou esta Corte ao asseverar que: "Se o próprio ente público é o autor da ação, o seu insucesso não transmuta a natureza da expressão "proferida contra", que tem como fundamento teleológico a salvaguarda do ente público quando ajuizada demanda contra ele e a sentença é de procedência do pedido. Não há falar, então, em remessa oficial". (AC 2006.38.11.006994-6/MG, Rel. Desembargador Federal Luciano Tolentino Amaral, Sétima Turma, e-DJF1 p. 468 de 14.03.2008). 8. Apelação não provida e remessa oficial não conhecida. (Apelação Cível nº 0028733-20.2005.4.01.3400/DF, 7ª Turma do TRF da 1ª Região, Rel. Reynaldo Fonseca, Rel. Convocado Gilda Sigmaringa Seixas. j. 28.06.2011, e-DJF1 19.08.2011, p. 168).

DO PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL.

Convém não olvidar, ademais, que a ação foi ajuizada hoje, dia 29 de novembro de 2012 e que o dia 30, amanhã, é o dia de recebimento de repasse e das verbas necessárias ao pagamento do pessoal e do serviço público indisponível,

como energia, luz, água, entre outros débitos. Portanto, constato para fins de tutela antecipada *inaudita altera par*s, o perigo de dano irreparável no recebimento de verbas pelo Município inadimplente com seus servidores e com a manutenção dos serviços essenciais, atingindo até mesmo, o pagamento de água das escolas e merenda escolar. Nesse sentido, deverá ser garantido o funcionamento do serviço público ainda que por intervenção direta do Poder Judiciário.

Observo, ademais, que o tempo é de pagamento do 13º. Salário, que também deverá ser resguardado aos servidores públicos por meio da ordem judicial.

Não se trata de interferir na administração do gestor e em sua livre gestão. Trata-se aqui de garantia do essencial diante de fatos concretamente narrados e provados na exordial. Não é a toa que a CRFB[1] pontua o Poder Judiciário como o derradeiro dos poderes, pois incumbe ao mesmo uma interferência direta para garantir o cumprimento da Carta Magna: Na linha de pensamento do sempre Min. Ayres Brito no Congresso Nacional da Magistratura realizado em Belém, *ao Poder Judiciário cabe a última palavra.*

Nesse sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará:

> Agravo de Instrumento 1888028200580600000
> **Relator(a)**: PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE
> **Comarca**: Fortaleza
> **Órgão julgador**: 1ª Câmara Cível
> **Data de registro:** 06/03/2012
>
> **Ementa**: PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SUSCITAÇÃO DE NÃO CONHECIMENTO. ART. 526, § ÚNICO, DO CPC. NÃO DEMONSTRAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. DIREITO DIFUSO E COLETIVO. SALÁRIOS ATRASADOS. SERVIDORES PÚBLICO MUNICIPAIS. BLOQUEIO DO CAIXA PÚBLICO. POSSIBILIDADE. *PERICULUM IN MORA* E *FUMUS BONI IURIS* PRESENTES. LIMINAR MANTIDA. 1. Preliminar de não conhecimento por não cumprimento do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil, que determina ser ônus do agravante a juntada nos autos do processo de origem da cópia da petição do agravo de instrumento, do comprovante de sua interposição e a relação dos documentos que o formam. 2. Arguição feita pelo recorrido em contrarrazões, mas sem qualquer demonstração de sua ocorrência, não gera o óbice do art. 526, § único,

1 Constituição da República Federativa do Brasil em seus arts. 2º - São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e **o Judiciário (grifei)** em comunhão de esforços com a interpretação dada ao *caput* do art. 102. - Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, **a guarda da Constituição**, (...). Sem olvidar, é claro, controle constitucional difuso das leis, entregue nas mãos dos demais Órgãos do Poder Judiciário.

do CPC, devendo o recurso ser conhecido. Preliminar rejeitada. 3. Ação Civil Pública movida pelo *Parquet* local de Antonina do Norte em prol dos servidores municipais que estavam com salários atrasados no último quadrimestre de 2004, além de 13º salário e férias; 4. Liminar concedida para o bloqueio das contas da edilidade junto ao Fundo de Participação dos Municípios, verba esta gerida pelo Banco do Brasil S/A, para quitação dos salários em atraso; 5. Presença dos requisitos autorizadores da medida liminar. Situação de extrema gravidade e comoção social instaurada na localidade. 6. Agravo conhecido e improvido.

A art. 461, §5º do CPC autoriza a efetivação da tutela específica da obrigação, cujo rol é meramente exemplificativo, de forma que autoriza, assim, até mesmo o bloqueio de repasses federais ao Município inadimplente.

Sendo provimento de caráter inibitório e portanto, de conhecimento, tem eficácia de executivo-mandamental, pois abre ensejo a antecipação de tutela, autorizando a emissão do mandado para execução específica e provisória da tutela de mérito e seus efeitos, porque destinada a impedir, de forma imediata e definitiva a violação dos direitos de todos os servidores da Comarca, bem como, de toda a população, beneficiária de serviço público essencial.

Em resumo, é preciso que o Judiciário emita uma decisão ordenando: Pague!

E para assegurar o pagamento complete: Bloqueie !

Á luz das normas que regem a matéria, tais como, CF/88 art. 169, III, concluímos que consubstancia ato de improbidade o obrar do Prefeito Municipal que deixa de pagar os servidores com verba prevista em lei orçamentária municipal. Esta conduta, a um só tempo, viola a Constituição da República e a lei orçamentária, possibilita a intervenção do Judiciário no Município e configura crime de responsabilidade do chefe do Executivo.

Nessa esteira, é de se assegurar mediante ordem judicial o pagamento dos servidores do mês de novembro, dezembro e 13º Mês (segunda parcela) e ainda, garantir a manutenção dos serviços públicos essenciais a cargo da Comuna, sob pena de um colapso geral.

Diante da verba a ser recebida por repasse amanhã pelo Município, este Judiciário deve ainda neste momento processual assegurar o resultado prático da ordem de pagamento ora ventilada nesta decisão e determinar a medida específica adequada nos moldes do art. 461 do CPC.

Apenas para ilustrar, demonstra este Juízo que os Tribunais de Justiça vem acolhendo os bloqueios de FPM para pagamento do serviço público, *"verbis":*

> REMESSA NECESSÁRIA. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. SERVIDORES MUNICIPAIS. ATO DO PREFEITO E DO SECRETÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DOS SALÁRIOS. BLOQUEIO DO FPM. IMPEDIMENTO NÃO DEMONSTRADO PELA AUTORIDADE. ILEGALIDADE. SALÁRIO

COMO DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO CONFIGURADO.

O Poder Executivo tem o dever de observar preceito constitucional e pagamento dos servidores municipais. Sentença integrada. Da ausência de pagamento cabe mandado de segurança para garantia de direito constitucional de percepção dos salários vencidos após o ajuizamento do 'writ'. A percepção de salário mínimo é direito constitucional fundamental, não podendo a Administração Pública deixar de proceder ao seu pagamento. O município que deixar de pagar aos servidores municipais, por força do princípio da legalidade e moralidade, estará praticando ato ilegal e abusivo.

(Remessa Necessária nº 32.900-3/2007 (27.297), 4ª Câmara Cível do TJBA, Rel. Paulo Furtado. j. 31.10.2007).

FUNCIONÁRIO PÚBLICO MUNICIPAL. VENCIMENTOS.

Ação ordinária proposta em face da Prefeitura Municipal de Quatá, objetivando que seja determinado bloqueio em instituições financeiras dos recursos necessários, nas contas da ré, para que sejam provisionados, mensalmente, os pagamentos a que os autores, ora apelados, têm direito, até o 5º dia útil, acabando com a divisão de folhas e o parcelamento de pensões. Hipótese. Circunstância em que se verifica que a ré tem pleno conhecimento que o pagamento deve ser feito até o 5º dia útil, mesmo porque tal imperativo decorre de lei. Ocorrência. Recurso não provido.

(Apelação nº 404.425-5/3-00, 7ª Câmara de Direito Público do TJSP, Rel. Walter Swensson. j. 26.03.2007, unânime).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO. MANDADO DE SEGURANÇA. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA. ART. 475, II, DO CPC. INAPLICABILIDADE. LIMINAR DETERMINANDO O BLOQUEIO DE VERBAS PÚBLICAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a regra prevista no art. 475, II, do CPC não constitui óbice à execução de sentença proferida em mandado de segurança.

2. É possível a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública, nas hipóteses não vedadas pelo art. 1º-B da Lei 9.494/97 e 1º, § 4º, da Lei 5.021/66, como na hipótese dos autos, em que a liminar concedida pelo Juízo *a quo* foi no sentido de determinar o bloqueio de verbas públicas para garantir o pagamento dos vencimentos cobrados pelos recorridos, e não o pagamento propriamente dito. Precedente.

3. Recurso especial conhecido e improvido.

(Recurso Especial nº 845645/MG (2006/0104407-4), 5ª Turma do STJ, Rel.

Arnaldo Esteves Lima. j. 08.11.2007, unânime, DJ 07.02.2008).

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. PENSÃO. INTEGRALIDADE. PARCELAS VENCIDAS APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. PAGAMENTO. PRECATÓRIO. DESNECESSIDADE. VALORES EM CONTRA BANCÁRIA. BLOQUEIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tendo-se pronunciado o Tribunal de origem de forma clara e precisa sobre a questão posta nos autos, assentando-se em fundamentos suficientes para embasar a decisão, não há falar em afronta ao art. 535, II, do CPC.
2. Tratando-se de hipótese em que a Fazenda Pública deixa de cumprir decisão judicial, no sentido de implementar o pagamento da integralidade da pensão em favor da recorrida, não afronta o disposto no art. 730 do CPC a determinação de bloqueio de valores em contas bancárias para garantir o pagamento das parcelas vencidas após o trânsito em julgado da sentença.
3. Dissídio jurisprudencial não comprovado, ante a ausência de similitude fática entre os acórdãos confrontados.
4. Recurso especial conhecido e improvido.
(Recurso Especial nº 777326/RS (2005/0142193-8), 5ª Turma do STJ, Rel. Arnaldo Esteves Lima. j. 26.06.2007, unânime, DJ 06.08.2007).

Arremato afirmando que é lícito ao magistrado determinar o bloqueio depositados em contas para garantir o custeio do pagamento de toda a folha de pessoal de uma cidade (como é o caso), como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho, a propriedade, e os direitos dos trabalhadores ao salário, entre outros princípios de valor fundamental da pessoa humana, ao lado que também deverá intervir em momentos de extrema gravidade e comoção social, como se encontra provado nos autos. Nessas condições, a norma contida no art. 461, §5º, deve ser interpretada de acordo com esses princípios e normas constitucionais, sendo permitida, inclusive, a mitigação das proteções erigidas em favor da Fazenda Pública Municipal.

Pelo exposto, e por tudo mais que dos autos consta, DEFIRO O PEDIDO LIMINAR EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA, em atenção aos princípios da administração pública e proteção do salário, continuidade do serviço público, todos ínsitos nos arts. 5º. c/c 7º. c/c 37º. c/c 160, parágrafo único da CRFB c/c 461, par. 5. c/c 273, ambos do CPC para DETERMINAR O BLOQUEIO DE 50% (cinquenta por cento) do ICMS, FPM e FUNDEB em vista de unicamente garantir o pagamento dos servidores públicos municipais e a continuidade de serviços públicos essenciais.

Para tanto, observando a desorganização financeira da Comuna e a fim de

objetivar cada vez mais esta ordem judicial para honrar as dívidas e manter a sobrevivência do organismo municipal até ao menos 1º. de janeiro, concedo liminarmente a MEDIDA QUE ENTENDO NECESSÁRIA PARA EFETIVAÇÃO DE TUTELA ESPECÍFICA a fim de:

Determinar que o Município de Pacajus apresente memorial em 48 hs na forma especificada nos itens 1 e 2 das fls. 1093.

Determinar que o BB informe os valores bloqueados.

Oficie-se ao Banco do Brasil para que efetue o bloqueio determinado nesta ordem judicial, sob pena de responsabilização civil e criminal.

Intimem-se.

Cite-se o Município para que responda a ação na forma da lei, com as advertências de estilo.

Exp. Nec.

Pacajus, aos 29/11/2012.

REGMA AGUIAR DIAS JANEBRO
JUÍZA TITULAR DA 2ª. VARA DE PACAJUS

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Abalroamento de veículos – colisão entre um veículo que realizou uma ultrapassagem proibida com outro que transitava em velocidade superior ao dobro da permitida – culpa concorrente – danos materiais e morais configurados – responsabilidade da seguradora em ressarcir todos os danos.....53/54.

Aditivo de contrato social – falsificação de assinatura – instauração de inquérito policial – denunciação caluniosa – inexistência – ausência do elemento subjetivo – dúvida fundada sobre a autoria – regular exercício de direito – ato ilícito inexistente – indenização por danos morais e materiais indevida.....174.

Automóvel novo – avariado nas dependências da concessionária – dano reparado – pleito de substituição do veículo por um novo – desproporcionalidade – inexistência de diminuição do valor do bem.....195.

Banco – ato ilícito praticado pelo agente financeiro – sustação de cheque sem o requerimento da autora – comprovação – nexo de causalidade – existência – responsabilidade objetiva do banco.....75/76.

Banco – protesto de duplicatas falsas – inscrição em cadastro de restrição ao crédito de forma indevida – dano moral existente – dever de indenizar.....169.

Cédula de crédito industrial – ação revisional – capitalização mensal de juros – possibilidade – comissão de permanência afastada – limitação da taxa de juros remuneratórios a 12% a.a – entendimento pacificado no STJ.....61.

Concurso público – anulação – âmbito do processo administrativo – autotutela – poder-dever da administração de rever seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornem ilegais – afronta aos pricípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório – precedentes.....116.

Concurso público – carreira militar – reprovação na 2ª fase do certame – exame oftalmológico – exigência compatível com o exercício das funções do cargo de soldado – laudo de médico não oficial atestando que o candidato obedece as exigências

do edital – prevalência do laudo da junta médica do concurso – presunção de veracidade dos atos administrativos.....68.

Concurso vestibular – pleito de revisão e de anulação de questões do certame – pareceres de professores elaborados de forma unilateral, sem o crivo do contraditório – impossibilidade de o Poder Judiciário analisar o mérito das questões de concursos.....142.

Contrato bancário – ação revisional – aplicabilidade do CDC – flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda* e da autonomia de vontade das partes – anatocismo – aplicação da Súmula 121 do STF.....20.

Contrato de compra e venda de imóvel e ação de reintegração de posse – correção monetária com base no INCC, durante a obra, após, correção pelo INPC – juros remuneratórios – possibilidade depois da entrega das chaves – limitação à taxa de 12% a.a. - construtora não é equiparada à instituição financeira, estando sujeita à Lei de usura (Art. 1º, Dec. 22.626/33) – reintegração de posse, descabimento – teoria do adimplemento substancial.....184/185.

Contrato social – invalidade do registro promovido pela Junta Comercial do Estado do Ceará (JUCEC) – análise da legalidade do ato – competência da Justiça Federal – remessa dos autos.....217/218.

Despejo e consignatória – conexão – julgamento uno para evitar decisões conflitantes – dívida parcialmente paga – extinção parcial da obrigação – restante do débito pode ser objeto de execução nos próprios autos da ação consignatória.….....65.

Direito real – ação de servidão – bem imóvel – incompetência absoluta – foro da situação da coisa – Art. 95, do CPC -ação proposta em comarca distinta da que o imóvel encontra-se localizado – impossibilidade – nulidade dos atos praticados.....30.

Embargos à execução – termo inicial para contagem do prazo – contagem de forma independente para cada executado – teoria da aparência – intempestividade das defesas dos promovidos – exceção de pré-executividade – existência de interesse de agir, ante a extinção sem julgamento do mérito dos embargos – certeza, liquidez e exigibilidade do instrumento de confissão de dívida.....200/202.

Embargos de terceiros – ilegitimidade ativa – ocorrência – herdeiros necessários – parte legítima para defender a meação – precedentes do STJ – teoria da asserção – aferição da condição da ação – momento inicial – carência da ação – sentença de mérito – precedentes – improcedência –

motivação da sentença afastada – execução de meação.....247.

Entidade sindical – publicidade agressiva contra empresa - abusividade – lesão à honra objetiva da pessoa jurídica – configuração.....85.

Estado de filiação – direito fundamental ao reconhecimento – Art. 27, do ECA – dever da família – ausência de interesse no prosseguimento do feito por parte da representante dos menores – nomeação de curador especial – Art.142, Parágrafo Único, do ECA – Ministério Público – fiscal da lei – legitimidade recursal – Art. 499, § 2º, CPC – Súmula 99/STJ.....125/126.

Ex-prefeito municipal – alegação de descumprimento de contratos com a Caixa Econômica Federal e ausência de prestação de contas – revelia que não induz à procedência do pleito – direito indisponível – execução regular dos contratos atestada pela CEF – inexistência de prova de prejuízo pelo ente municipal.....149.

Imóvel – bem não partilhado por ocasião do divórcio – ex-cônjuges alçados à condição de condôminos – frutos decorrentes do aluguel – divisão que se impõe.....214.

Imposto de transmissão inter vivos (ITBI) – escritura pública de compra e venda de fração ideal de terreno – fato gerador – transmissão da propriedade imobiliária – registro do título translativo – edificação construída pelo adquirente no imóvel negociado – irrelevância tributária.....240.

IPTU – inscrição na dívida ativa do município pelo não pagamento – tributo indevido em face da desapropriação do imóvel – não comunicação do fato que desautoriza a sua incidência – processo de desapropriação iniciado anteriormente à cobrança – princípio da razoabilidade – declarada a inexistência de obrigação tributária – dano moral não configurado.....179.

Laboratório de análises – exame de gravidez – falsidade suposta – diagnóstico concluído pela paciente – ocorrência de transtornos psíquicos anteriores à realização do exame – não caracterização da responsabilidade civil – ausência de nexo de causalidade.....15.

Paciente – situação clínica gravíssima – direito a tratamento de forma adequada – garantia da manutenção da dignidade própria e da família – pouco zelo demonstrado - danos morais – cabimento.....36.

Pessoa jurídica de direito privado – prestadora de serviço público – transporte coletivo – acidente com usuário – morte da vítima – responsabilidade civil

objetiva – fato – nexo causal – dano configurado – indenização devida – pensionamento mensal – termo final, 25 anos de idade dos beneficiários.....153.

Piso salarial – Lei nº 4.950-A/1966 – sentença laboral transitada em julgado – descumprimento após mudança de regime celetista para estatutário – alegação de violação de norma constitucional – impossibilidade de rediscussão da matéria – ofensa à coisa julgada – princípio da segurança jurídica.....90.

Previdência privada – suplementação de aposentadoria – aplicação de redutor etário previsto no Dec nº 81.240/78 – ausência de previsão na Lei nº 6.435/77 – impossibilidade – teleologia do Art. 84, IV, da CF – precedentes – legislação consumerista – aplicabilidade às entidades de previdência privada – Súmula 321/STJ.....130/131.

Reforma de mercado público – não comprovação da conclusão das obras e da execução na forma contratada – ônus da parte autora, a construtora – suspensão do pagamento – possibilidade, sob pena de mau uso do erário e responsabilização do gestor municipal por improbidade administrativa.....24/25.

Seguro de vida – ação de cobrança de indenização securitária – suicídio não premeditado – equivalência à morte acidental – presunção de boa-fé do segurado.....105.

Seguro de vida e invalidez permanente – indenização securitária afastada – doença preexistente – má-fé do segurado caracterizada – Art. 1.444, do CC – aplicação.....49.

Sentença – prolação com base em perícia anulada pelo juiz de origem – prova não restabelecida pelo Tribunal de Justiça, quando da análise de agravo de instrumento – anulação da sentença com retorno dos autos ao juízo de origem.....224/225.

Separação judicial litigiosa com pedido de alimentos – Emenda Constitucional nº 66/2010 – alteração do Art. 266, § 6º, da CF – abolição do instituto da separação judicial – não anuência da autora na conversão do pleito em divórcio – extinção do pleito de separação judicial sem solução do mérito.....99.

Servidor público – demissão indireta – ilegalidade – ausência de processo administrativo disciplinar – ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa – reintegração devida.....41.

Sociedade anônima – ações preferenciais – dividendos – correção monetária – incidência sobre o capital social atualizado – independência de deliberação da Assembleia para

vigorar e não subordinação à decisão dos sócios.....46.

Título extrajudicial – execução – embargos - contrato particular de promessa de compra e venda – posterior lavratura da escritura pública – cláusulas do contrato preliminar incompatíveis com o definitivo – revogação tácita – execução extinta.....111.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Ação civil pública – remoção de presos de delegacias de polícia e cadeias públicas do estado – condição degradante e desumana – tutela antecipada – descabimento – princípio da separação dos poderes – verossimilhança das alegações – inexistência – *fumus boni iuris* reflexo.....312.

Ação revisional de contrato – decisão de primeiro grau que antecipou a tutela determinando a suspensão da exigibilidade da dívida e proibindo a inclusão do nome do autor nos cadastros de restrição de crédito, sem o condicionamento prévio ao depósito judicial do valor incontroverso – impossibilidade – reforma da decisão.....283.

Coelce – religação de unidade consumidora de energia elétrica – negativa fundada na existência de débitos – demonstração de que parte da dívida é pretérita à formalização do contrato de locação com o agravado – necessidade do pagamento das contas de fornecimento do serviço público vencidas a partir do momento da vigência do interregno locatício atual.....298/299.

Contrato de promessa de compra e venda com cláusula resolutiva expressa – irrelevância – rescisão contratual cumulada com reintegração de posse – necessidade de resolução do contrato – poder geral de cautela do juiz – aplicabilidade para salvaguarda do direito em questão.....274.

Contribuição de iluminação pública – instituída pela Lei Municipal nº 540/2002 – possibilidade de cobrança do tributo por força da vigência do Art. 149-A e seu Parágrafo Único, da C.F. - inteligência da Emenda Constitucional nº 39/2002 – *fumus boni iuris* – desconfiguração.....331.

Cumprimento de sentença – procedimento incluído pela Lei nº 11.232/2005 – autonomia – novo provimento jurisdicional – exigência – formação do instrumento – certidão de intimação – necessidade – tempestividade aferida por outros elementos – possibilidade – multa cominatória – termo *a quo* – eficácia da sentença.....266.

Desapropriação – imissão provisória na posse do ente público motivada por questão de ordem pública – admissibilidade – depósito prévio efetivado

– questionamento sobre o valor indenizatório sem definição no juízo de piso – supressão de instância configurada.....289.

Financiamento bancário – ação revisional – alegação de nulidade – proposição de depósito judicial do valor das parcelas apurado em cálculo unilateral, pedindo eliminação da capitalização mensal dos juros – impossibilidade – Súmula Vinculante nº 7 do STF – higidez da taxa de juros contratada.....306.

ICMS – protocolo CONFAZ 21/2011 – constitucionalidade controversa da norma – Art. 155, § 2º, VII, "B", da Constituição Federal – violação – intenção de aplicar o protocolo a unidades da federação não signatárias – impossibilidade – Art. 102, CTN – violação ao pacto federativo – recurso desprovido.....259.

Sociedade empresarial – inscrição no cadastro de contribuintes da SEFAZ – negativa pela existência de inscrição dos sócios da pessoa jurídica na dívida ativa estadual, constituindo impedimento legal – impossibilidade – inteligência da Súmula nº 547 do STF – presença da verossimilhança das alegações, do risco de dano irreparável ou de difícil reparação e de irreversibilidade da medida judicial.....309.

MANDADO DE SEGURANÇA

Policial militar – procedimento disciplinar – expulsão dos quadros da corporação – nulidade do procedimento – inocorrência – ausência de prova da ilegalidade suscitada.....340.

Servidor público inativo – contribuição previdenciária – Art. 4º, da Emenda Constitucional nº 41/03 – ADI 3105/DF – constitucionalidade – efeito vinculante – Emenda Constitucional Estadual nº 56/03 – não há, no ordenamento jurídico brasileiro, norma que imunize os proventos de servidores sobre a contribuição previdenciária – não há direito adquirido com a aposentadoria.....337.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Atentado violento ao pudor – insuficiência probatória – crime de vestígio – ausência de violência no exame de corpo de delito que ateste a materialidade – condenação baseada em contraditórias declarações das pretensas vítimas – presunção de violência relativa – impossibilidade de condenação.....372/373.

Homicídio qualificado – absolvição sumária – inimputabilidade – aplicação de medida de segurança - reexame necessário – não conhecimento – reforma processual penal – Lei nº 11.689/2008 – revogação tácita do Art. 574, II, do CPP.....349.

Homicídio qualificado – alegação de nulidade da sessão do júri – uso de provas alheias aos autos – ausência de prejuízo demonstrado – suposta nulidade na apresentação das razões do recurso – não verificação.....390.

Homicídio qualificado – negativa de autoria – tese acatada pelo colegiado leigo – apelação do MP – julgamento contrário à prova dos autos – ocorrência – arbitrariedade dos jurados – anulação do julgamento.....407.

Homicídio qualificado – tribunal do júri – anulação do julgamento por decisão manifestamente contrária à prova dos autos – inocorrência – versão acolhida comprovada nos autos.....381.

Lesão corporal – violência doméstica – Lei Maria da Penha – ação penal pública incondicionada – irrelevância de não ter a vítima ratificado a representação – decisão do STF – ADI 4424 - desclassificação para contravenção penal, vias de fato – inviabilidade – reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade.....399.

Porte de arma de fogo e formação de quadrilha – extinção da punibilidade pela prescrição intercorrente – ocorrência.....368.

Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito e receptação – questão prejudicial ao exame de mérito do recurso – prescrição da pretensão punitiva superveniente – incidência – reconhecimento de ofício.....413/414.

Roubo duplamente majorado – emprego de arma e concurso de agentes – formação de quadrilha – arguição de ausência de provas para a condenação, com pleito de absolvição – preliminar de prescrição retroativa, quanto ao crime do Art. 288, do CP – acolhimento – prescrição superveniente com relação ao delito do Art. 157, § 2º, I e II, do CP, em face de réus/apelantes serem menores de 21 anos ao tempo dos fatos – extinção da punibilidade.....359/361.

Roubo qualificado – absolvição por falta de provas – impossibilidade – autoria e materialidade comprovadas – pedido de nova dosimetria penalógica – impossibilidade – pena base estabelecida no mínimo legal.....355.

Roubo qualificado e falsa identidade – declaração falsa, quando da prisão em flagrante, de sua identificação civil – fato atípico por não acarretar perigo de lesão ao bem

juridicamente tutelado e ser espécie de autodefesa.....387.

HABEAS CORPUS

Falsidade ideológica – alegação de inaplicabilidade do Art. 366, do CPP, a fatos anteriores à sua vigência – procedência – decisão que determinou a suspensão do lapso prescricional insubsistente – excesso de prazo verificado – extinção da punibilidade – inteligência dos Arts. 107, IV, c/c 109, III, do CP, e Art. 61, do CPP.....425.

Infração ao Art. 10, da Lei nº 10.826/2003 – pedido de relaxamento de prisão e liberdade provisória – indeferimento – histórico criminal do paciente, que já foi beneficiado com a liberdade provisória – risco concreto de reiteração delitiva – garantia da ordem pública.....419/420.

Porte ilegal de arma de fogo de uso restrito – prisão em flagrante convertida em preventiva – pedido de liberdade provisória – indeferimento – decisão que não apontou elementos concretos autorizadores da medida constritiva – fundamentação inidônea – concessão.....434.

Progressão de regime para o semiaberto – cumprimento da reprimenda em condições inadequadas em face de inexistência de unidade carcerária própria às condições do regime menos rigoroso – constrangimento evidenciado – transferência para o regime aberto ou prisão domiciliar.....430.

Tráfico de drogas – prisão em flagrante – excesso de prazo na formação da culpa – inocorrência – audiência de instrução designada – liberdade provisória – presença dos requisitos do Art. 312, do CPP – constrangimento ilegal não evidenciado.....438.

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio qualificado – impronúncia – impossibilidade – existência de prova da materialidade e indícios suficientes de autoria – juízo de admissibilidade – exame meritório, atribuição constitucional do Tribunal do Júri.....447.

Homicídio qualificado – tentado – decisão de pronúncia – preliminar de nulidade – cerceamento de defesa – inocorrência – impronúncia – inviabilidade – desclassificação para lesão corporal – ausência de *animus necandi* – incomprovação – requisitos da pronúncia preenchidos.....443.

Posse de arma de fogo de uso permitido – Art. 12, da Lei nº 10.826/2003 – rejeição da denúncia por atipicidade da conduta – ação perpetrada fora do período do *abolitio crimini*

temporalis – conduta típica – delatória recebida.....452.

DECISÃO DE 1º GRAU

Ação civil pública – escopo de honrar a folha de pagamento, garantir a continuidade do serviço público e a reposição dos recursos dos servidores a serem destinados ao Fundo de Previdência Social – atos de provável improbidade administrativa constatados em relatório do Tribunal de Contas dos Municípios – bloqueio de ICMS, FPM e FUNDEB – concessão de liminar.....475.

Ação de improbidade administrativa – competência do juízo de 1º grau para processar e julgar ações de improbidade cujos demandados contem com foro de prerrogativa de função em ações criminais perante o Tribunal de Justiça - pedido de decretação cautelar de indisponibilidade de bens – compartilhamento das informações de quebra de sigilo bancário e fiscal autorizado pelo STJ.....459.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Parque Gráfico do
Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, janeiro de 2013.