

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 46 - 2013
Abril / Junho



ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.46, p. 1 - 468, 2013

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 46.2013
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 Gladyson Pontes - Presidente
Des. Francisco José Martins Câmara
Des. Francisco Bezerra Cavalcante
Des. Jucid Peixoto do Amaral
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
Tiragem da Edição: 500 exemplares

Expediente Coordenação:
Des. Francisco Gladyson Pontes

Conselho Editorial:
Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda - Presidente
Des. Carlos Alberto Mendes Forte
Des. Jucid Peixoto do Amaral
Dr. Aluísio Gurgel de Amaral Júnior
Dr. Francisco Martônio Pontes de Vasconcelos

Editor Responsável:
Márcia Morais Ximenes Mendes

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: 60.822-325 Fone: (85) 3207.7104
www.tjce.jus.br
e-mail: jurispru@tjce.jus.br

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ

Presidente
Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido

Vice-Presidente
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva

Corregedor Geral da Justiça
Des. Francisco Sales Neto

TRIBUNAL PLENO

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
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 Nailde 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
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

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

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido - Presidente
Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha
Des. Rômulo Moreira de Deus
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. João Byron de Figueirêdo Frota
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 Nailde 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 Gladyson 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. José Arísio Lopes da Costa
Des. Ademar Mendes Bezerra
Desa. Maria Iracema Martins do Vale
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde 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 do 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 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
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Desa. Maria Gladys Lima Vieira

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

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. José Arísio Lopes da Costa
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte

2ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às quartas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Ademar Mendes Bezerra - Presidente
Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Auricélio Pontes

3ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Rômulo Moreira de Deus – Presidente
Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo

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

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

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

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

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

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

8ª CÂMARA CÍVEL
(Reuniões às terças-feiras com início às 08:30 horas)

Des. Valdsen da Silva Alves Pereira - Presidente
Des. Francisco Darival Beserra Primo
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. 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

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

Des. Luiz Gerardo de Pontes Brígido Presidente
Des. Francisco Lincoln Araújo e Silva
Des. Francisco Sales Neto
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Dra. Chrystianne dos Santos Sobral - Secretária em exercício

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....15/249
Agravo de Instrumento.....253/300

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....305/391
Habeas Corpus.....395/444
Recurso Crime em Sentido Estrito.....447/460

Índice Alfabético.....461/468

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

PROCESSO Nº 23171-76.2002.8.06.0000/0 – APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: UNIBANCO SEGUROS S.A.
APELADA: ROSA RIOS PALHARES, RESTAURANTE E PIZZARIA BRASÍLIA LTDA, MASSA FALIDA RESTAURANTE E PIZZARIA BRASÍLIA LTDA
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: EMPRESARIAL, CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. SINISTRO. PEDIDO DE COBERTURA. PAGAMENTO. SUBSEQUENTE AÇÃO INDENIZATÓRIA PROPOSTA PELO SEGURADO. FUNDAMENTO. INCOMPLETUDE DA INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PEDIDO INICIAL JULGADO PARCIALMENTE PROCEDENTE. APELAÇÃO DA SEGURADORA. RECURSO ADESIVO DA SÓCIA DO SEGURADO. RECONHECIMENTO DA ILEGITIMIDADE ATIVA *AD CAUSAM*. DECRETAÇÃO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO DO DIREITO AFIRMADO NA INICIAL. PREJUDICIALIDADE PARCIAL DA APELAÇÃO DA SEGURADORA. NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO ADESIVO INTERPOSTO PELA SÓCIA.

I – O sócio é parte ilegítima no processo que tem por objeto contrato de seguro firmado entre a seguradora e a pessoa jurídica segurada, que tem personalidade jurídica própria e distinta da personalidade da pessoa do sócio.

II – É anual o prazo prescricional para o segurado questionar em juízo o pagamento de indenização securitária, a partir da data de ciência do fato que constitui o fundamento do pedido, conforme previsão do art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916.

III – Na hipótese de pedido de complementação do pagamento do seguro, por suposta incompletude, o prazo prescricional começa a fluir na data do pagamento pretensamente incompleto.

IV – Extinção do processo, sem resolução do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC, relativamente à sócia identificada na inicial, e reconhecimento, de ofício, da prescrição, com extinção do processo, com resolução do mérito, na forma do art. 269, inciso IV, do CPC, em relação aos demais sujeitos parciais do processo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível, em que figuram as partes acima indicadas, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em conhecer de apelação interposta por Unibanco Seguros S.A., para acolher a preliminar de ilegitimidade de Rosa Rios Palhares, não conhecer da apelação adesiva por ela interposta e, de ofício, decretar a prescrição do direito afirmado na petição inicial, julgando prejudicado o primeiro recurso quando ao fundamento do excesso de indenização, nos termos do voto do relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL, por via da qual UNIBANCO SEGUROS S.A. impugna sentença proferida pelo Juiz da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária nº 332288-83.2000.8.06.0001/0, originalmente ajuizada por ROSA RIOS PALHARES e RESTAURANTE E PIZZARIA BRASÍLIA LTDA, que julgou parcialmente procedente o pedido inicial, para condenar o apelante a pagar à MASSA FALIDA DO RESTAURANTE E PIZZARIA BRASÍLIA LTDA a indenização quantificada na antecipação de tutela concedida na instância de origem, a título de diferença de seguro, lucros cessantes e perda do ponto comercial, monetariamente corrigida, no montante de R$ 2.064.779,50 (dois milhões, sessenta e quatro mil, setecentos e setenta e nove reais e cinquenta centavos) (fls. 12, 375/376V, 807/818 e 920/921).

Rosa Rios Palhares apelou adesivamente (fls 988/991).

A petição inicial da ação proposta no juízo de origem relata que, no dia 23 de agosto de 1995, o RESTAURANTE E PIZZARIA BRASÍLIA LTDA e a SUL AMÉRICA UNIBANCO celebraram contrato de seguro, com validade de um ano, no qual foram contratadas coberturas contra incêndio, explosão, raio e tumulto, no valor de R$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil reais), e danos elétricos, na quantia de R$ 40.000,00 (quarenta mil reais). Diz mais que, no dia 16 de outubro de 1995, ocorreu um incêndio em sua unidade negocial situada no Shopping Center Iguatemi, que tinha como nome de fantasia CHOPIZZA, "ocasionando danos totais nas instalações elétricas, móveis, equipamentos e máquinas, com perda total pela destruição pelo fogo e pela ação da água e produtos químicos utilizados para debelar a incêndio", mas somente após o decurso de "dois meses do sinistro, de súplicas e protestos, a suplicada adiantou a importância de R$ 100 mil, comprometendo-se a, dentro de dez dias, finalizar a liberação da loja e o restante do pagamento". Na sequência, menciona que, em 07 de março de 1996, quando eram decorridos quase cinco meses da data do sinistro, a promovida efetuou um segundo e último "pagamento, sob imposição de um 'acordo', em condições aviltantes,

onde foi imposto o reconhecimento de prejuízos totais de R$ 233.038,12", sendo certo que, na mencionada data, os "prejuízos havidos em consequência da inexecução, pela suplicada, da obrigação assumida, no prazo e na forma devidos", atingiam o montante de R$ 4.091.420,37 (quatro milhões, noventa e um mil, quatrocentos e vinte reais e trinta e sete centavos).

Ao contestar o pedido autoral, a apelante arguiu as preliminares de incapacidade processual da Pizzaria e Restaurante Brasília Ltda. e ilegitimidade de Rosa Rios Palhares e a prejudicial de prescrição. Aduziu, ainda, *que* "a transação efetivada pelas partes foi legítima, assim como legítima foi a quitação outorgada pelas autoras à ré, porque emanada da livre vontade das partes" e que é "simples aferir o absurdo do pedido: a importância segurada na apólice para o risco de incêndio era de R$ 350.000,00, o valor transacionado pela ré com as autoras foi R$ 233.038,12, restando uma diferença de R$ 116.961,88 que seria, em tese, a causa do prejuízo imenso pretensamente experimentado pelas autoras". Ao final, assinalou que, "paga a dívida ora cobrada, resultado da anunciada transação, extinta encontra-se a obrigação da ré, não se aventando de inexecução de obrigação, não havendo que se falar, portanto, de ilícito contratual e consequentemente de perdas e danos" (fls 138/151).

Houve réplica (fls 163/169).

Preliminares e prejudicial arguidas na contestação apreciadas e rejeitadas e antecipação de tutela parcialmente concedida (fl 376/376V).

Deferido e, de imediato, efetuado o levantamento da quantia depositada em juízo pela seguradora, em cumprimento à decisão antecipatória de tutela (fls 458/462 e 558).

Em 17 de novembro de 1999, a Massa Falida Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda. ingressou na relação processual, representada pelos mesmos advogados que, até então, patrocinavam o Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda.. Em 16 de fevereiro de 2001, o Dr. Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho foi constituído seu representante judicial na causa (fls 16, 390/391 e 803/804).

O juiz de primeiro grau rejeitou as preliminares de incapacidade processual e ilegitimidade e a prejudicial de prescrição arguidas na contestação, mediante transcrição literal da decisão interlocutória que previamente apreciara tal matéria, e julgou parcialmente procedente o pedido formulado na inicial, para condenar a demandada a indenizar a Massa Falida Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda. na quantia estabelecida na decisão antecipatória de tutela (fls. 807/818 e 920/921).

A sentença foi impugnada pelo Unibanco Seguros S.A., através do recurso previsto em lei.

Nas razões de apelação, o recorrente reitera os argumentos de incapacidade processual do Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda., cuja falência fora decretada anteriormente à data da propositura da ação ora em análise, e de ilegitimidade de Rosa Rios Palhares, que possui personalidade jurídica própria e distinta da personalidade da pessoa jurídica que a tem como sócia. Aduz, na sequência, que "R$ 2.064.779,50 (dois

milhões, sessenta e quatro mil, setecentos e setenta e nove reais e cinquenta centavos) representam uma quantia profundamente e escandalosamente exacerbada para uma condenação sobre a qual se alega a pretensa inexecução de um contrato de seguro". Ao final, postula o provimento da apelação, para que seja reconhecida a "incapacidade processual da sociedade autora Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda. e de ilegitimidade passiva (sic) *ad causam* da autora Rosa Rios Palhares" ou para "julgar totalmente improcedente a presente ação, à mingua de qualquer prova do pretenso resultado lesivo alegado pelas autoras, invertendo-se os ônus da sucumbência".

Nas razões da apelação adesiva, a recorrente afirma que a sentença deve ser reformada, para que a condenação corresponda exatamente ao que decidido na antecipação de tutela, sem o efeito modificativo decorrente da decisão proferida nos embargos de declaração parcialmente acolhidos pelo juiz de primeiro grau (fls. 988/991).

Regularmente intimada para apresentar resposta aos recursos, a massa falida deixou fluir *in albis* o prazo para o exercício do contraditório recursal (fls. 983 e 992V).

A douta Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso do Unibanco Seguros S.A. e pelo não conhecimento da apelação interposta por Rosa Rios Palhares (fls. 1017/1027).

É, no essencial, o que havia a relatar.

Revistos e incluídos em pauta para julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos objetivos e subjetivos, conheço da apelação interposta por Unibanco Seguros S.A..

Examino, inicialmente, o fundamento recursal da ilegitimidade ativa *ad causa*m de Rosa Rios Palhares, sócia do Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda.

A esse propósito, é pertinente frisar que o tema foi analisado no voto que proferi no Agravo de Instrumento nº. 452854-64.2000.8.06.0000/2, que antecedeu o julgamento ora em curso, por força do quanto previsto no art. 559, Parágrafo Único, do CPC, para reconhecer a ilegitimidade de Rosa Rios Palhares.

Na ocasião, fiz consignar, como razão de decidir, que "a ação proposta no juízo de origem, na qual figuram como autores Restaurante e Pizzaria Brasília e Rosa Rios Palhares e como réu Sul América Unibanco Seguradora S.A., tem por objeto contrato de seguro empresarial firmado, em 23 de agosto de 1995, por Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda., na condição de segurado, e Sul América Unibanco Seguradora, na qualidade de seguradora.

Percebe-se que Rosa Rios Palhares, cuja legitimidade foi reconhecida pelo magistrado de primeiro grau para promover, em litisconsórcio com o Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda., a ação de cobrança da indenização securitária na qual proferida a decisão agravada, não é sujeito da relação jurídica de direito material questionada em juízo.

Na sistemática do Código de Processo Civil, somente quando autorizado por lei, poderá o terceiro postular judicialmente direito alheio, em nome próprio. Daí ser o legitimado para propor ou contestar ação, na ausência de autorização legal em contrário, como ocorre na hipótese ora em exame, apenas o sujeito da relação de direito material questionada em juízo. É a exegese que resulta da interpretação conjugada dos arts. 3º e 6º, do CPC, *verbis:*

> Art. 3º. Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.
>
> Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Acerca da legitimidade ordinária disciplinada pelo Código de Processo Civil, pontua Celso Agrícola Barbi, com sua habitual acuidade, *verbis:*

> Significa ela que só o titular de um direito pode discuti-lo em juízo e que a outra parte na demanda deve ser o outro sujeito do mesmo direito. Ou, na precisa definição de Chiovenda: "É a identidade da pessoa do autor com a pessoa favorecida pela lei, e a da pessoa do réu com a pessoa obrigada". Comentários ao Código de Processo Civil, Forense, 13ª Ed., p. 30

Portanto, se Rosa Rios Palhares não é sujeito da relação contratual securitária questionada na demanda proposta na instância de origem, nem está autorizada por lei a postular em nome próprio direito de titularidade do Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda., que possui personalidade jurídica própria e distinta da personalidade de seus sócios, é irrecusável o reconhecimento da ilegitimidade ativa da mencionada sócia para promover, em litisconsórcio com aquela pessoa jurídica, ação na qual é postulado o pagamento do seguro contratado apenas por essa última".

Analiso o fundamento da incapacidade processual da Pizzaria e Restaurante Brasília Ltda..

Observo que, em 17 de novembro de 1999, a Massa Falida Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda. ingressou na relação processual, através de advogados regularmente constituídos, outorgando na sequência, em 16 de fevereiro de 2001, ao Dr. Maurício Feijó Benevides de Magalhães Filho, os poderes de representação judicial para atuar na causa.

Ressalte-se, ademais, que a sentença condenou o Unibanco Seguros S. A. a indenizar exclusivamente a Massa Falida Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda.

Presente tal contexto, é exato afirmar que, ao tempo da sentença, a Massa Falida Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda., única beneficiária da condenação ali fixada, integrava regularmente a relação processual. Desse modo, não há incapacidade processual do Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda. a ser reconhecida, a partir do ingresso

na causa da Massa Falida, credora da condenação arbitrada no juízo de primeiro grau. Afinal, o juiz deve compor a lide como ela se apresenta na ocasião do julgamento, nos termos do art. 462, do CPC.

Antes de examinar os demais fundamentos da apelação interposta pelo Unibanco Seguros S A, verifico que há questão de ordem pública a ser examinada de ofício, por força de norma cogente positivada no art. 219, § 5º, do Código de Processo Civil. Registre-se, inclusive, que a prescrição foi arguida na contestação e apreciada na sentença, que a rejeitou. Por se tratar de matéria de ordem pública, a ausência de impugnação específica na apelação, não enseja preclusão.

Convém enfatizar, ademais, que o § 5º, introduzido no art. 219, do CPC, pela Lei 11.280/2006, é aplicável aos processos pendentes, por ser norma de natureza processual, consoante tem invariavelmente decidido o Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. DER. CORREÇÃO MONETÁRIA. **PRESCRIÇÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. AÇÃO INICIADA ANTERIORMENTE À REFORMA LEGISLATIVA. ART. 219, § 5º. POSSIBILIDADE.** RENÚNCIA TÁCITA. SÚMULA 07/STJ. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. AUSÊNCIA.
>
> 1. Discute-se nos autos o direito da ora recorrente ao recebimento de correção monetária, em virtude de pagamentos efetuados com atraso pelo DER - Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de São Paulo.
>
> 2. O Tribunal recorrido refutou a tese trazida nos aclaratórios, ao reconhecer que os documentos trazidos à colação não caracterizam a renúncia tácita. No apelo especial, a recorrente contra-argumenta sustentando que a renúncia tácita pode ser aferida tanto por documentos juntados pela própria recorrente, como também por planilhas anexadas pela autarquia devedora. Não é possível emitir juízo de valor sobre as ponderações realizadas pela recorrente sem examinar as provas dos autos. Entretanto, essa providência não é permitida na presente seara recursal, em razão do óbice sumular nº 07/STJ.
>
> 3. No atinente à alegada ofensa aos arts. 219, § 5º e 1.211, do CPC, é cediço que a matéria referente ao conhecimento *ex officio* da prescrição é de natureza processual, aplicando-se, inclusive, aos processos iniciados sob a égide do diploma normativo anterior. Precedentes.
>
> 4. Não procede o pedido subsidiário de anulação do acórdão pela afronta ao art. 535, II, do CPC, pois o aresto recorrido utilizou-se de fundamentos suficientes ao deslinde da controvérsia e concluiu, à luz dos elementos probatórios dos autos e dos termos propostos na petição inicial, que o prazo prescricional para a cobrança da correção monetária deve ser contado a partir das datas de vencimento e de pagamento das parcelas exigidas.
>
> 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.
>
> Recurso Especial nº 1.148.466, Rel Min Castro Meira, Segunda Turma, Unânime, DJ 11.06.2010
>
> RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE COBRANÇA - MENSALIDADES

> ESCOLARES - **PRESCRIÇÃO - RECONHECIMENTO DE OFÍCIO - POSSIBILIDADE (ART. 219, § 5º, DO CPC) - LEI PROCESSUAL - APLICAÇÃO AOS PROCESSOS EM CURSO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *TEMPUS REGIT ACTUM* -** ARTIGO 6º DA LEI N. 9870/99 - INAPLICABILIDADE - PRAZO PRESCRICIONAL ÂNUO – ENTENDIMENTO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTE TRIBUNAL - RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> I - À luz do comando do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil, com a redação da Lei 11.280/06, tem-se que a prescrição deverá ser decretada de ofício pelo Poder Judiciário, em qualquer grau de jurisdição, independentemente da citação do réu;
> II - Ademais, tratando-se de lei processual, aplica-se aos processos em curso, não havendo se falar, na espécie, em direito adquirido processual do recorrente;
> III - O prazo prescricional das pretensões em que se pleiteia o recebimento de mensalidades escolares é ânuo, nos termos do artigo 178, § 6º, VII, do CC de 1916, vigente à época dos fatos;
> IV - Recurso especial a que se nega provimento.
> Recurso Especial nº 1.087.571, Rel Min Massami Uyeda, Terceira Turma, Unânime, DJ 05.05.2009

No caso ora em análise, o sinistro ocorreu no dia 16 de outubro de 1995, o segundo e último pagamento referente à indenização securitária questionada nos autos foi efetuado no dia 07 de março de 1996 e a ação de que trata a petição inicial foi proposta no dia 07 de abril de 1997.

O Código Civil de 1916, vigente ao tempo do sinistro descrito na peça inaugural e da propositura da presente ação, em matéria de prescrição, continha previsão específica para a situação retratada nos autos, *verbis:*

> Art. 178. Prescreve:
> § 6º Em um ano:
> II. A ação do segurado contra o segurador e vice-versa, se o fato que a autoriza se verificar no país, contado o prazo do dia em que o interessado tiver conhecimento do mesmo fato (art. 178, § 7º, n. V).

Na hipótese de pagamento parcial ou incompleto, como ocorre no caso ora em análise, o termo inicial do prazo prescricional ocorre na ocasião em que o segurado tem ciência da incompletude do valor pago, consoante tem sido reiteradamente afirmado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *verbis:*

> CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - **CONTRATO DE SEGURO - AÇÃO DE COBRANÇA - PAGAMENTO A MENOR - PRESCRIÇÃO ÂNUA -** PRECEDENTES.
> Conforme assente jurisprudência deste Tribunal, **nas hipóteses de ajuizamento de ação de cobrança decorrente de pagamento de seguro a**

menor, o prazo prescricional é de um ano, o qual se inicia com a ciência, por parte do segurado, do valor recebido a menor. Precedentes.
Agravo regimental improvido.
Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 880.420, Rel Min Sidnei Beneti, **Terceira Turma**, Unânime, DJe 08/10/2008.

CIVIL. SEGURO. LEGITIMIDADE PASSIVA. CORRETORA. MESMO GRUPO ECONÔMICO. PRESCRIÇÃO - PRAZO - ART. 178, § 6º DO C. CIVIL - ART. 27 DO CDC - NÃO INCIDÊNCIA. PAGAMENTO A MENOR. PEDIDO ADMINISTRATIVO. PRAZO SUSPENSO. SÚMULA 229. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.
I - A corretora de seguro, integrante do mesmo grupo econômico a que pertence a companhia seguradora tem legitimidade para responder à ação em que se demanda o cumprimento de contrato.

II - A ação para complementar indenização securitária prescreve em um ano, tendo como termo inicial a data de ciência, pelo segurado, do pagamento incompleto.
III - O pedido de pagamento da indenização, mesmo quando se refira a uma parcela, suspende o prazo prescricional, até que o segurado tome conhecimento da resposta negativa da seguradora. Incide a Súmula 229.
IV - O simples manejo de apelação cabível, ainda que com argumentos frágeis ou improcedentes, sem evidente intuito protelatório não traduz má-fé nem justifica a aplicação de multa.
Recurso Especial nº 842.688, Rel Min Humberto Gomes de Barros, **Terceira Turma**, Unânime, DJ 21/05/2007, p. 576.

Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação de indenização securitária. Pagamento a menor. Recibo de quitação. Prescrição ânua. Embargos de declaração. Ausência de omissão. Dissídio jurisprudencial.
- Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão a ser sanada.
- Da data em que o segurado tomar ciência do pagamento incompleto efetuado pela seguradora é que começa a fluir o prazo prescricional de um ano.
- Não se admite recurso especial pelo dissídio jurisprudencial se este não for comprovado nos moldes legal e regimentalRecurso especial não conhecido.
Recurso Especial nº 660.578, Rel Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, Unânime, DJ 01/07/2005, p. 526.

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. COBRANÇA DA DIFERENÇA ENTRE O MONTANTE FIXADO NA APÓLICE E O EFETIVAMENTE PAGO. PRESCRIÇÃO ÂNUA.
Incide a prescrição ânua, cujo termo inicial é contado a partir da data em que o segurado tomar ciência do pagamento incompleto efetuado pela seguradora, na hipótese de cobrança de diferença entre o quantum estipulado no contrato de seguro e o valor pago pela empresa, afastando-se a prescrição vintenária e aquela prevista no Código de Defesa do Consumidor. Precedente (EREsp n. 474.147/MG, por mim relatado, julgado em 14/04/2004).
Hipótese em que decorreu mais de um ano entre o pagamento incompleto

e o ajuizamento da ação.
Recurso especial conhecido e provido.
Recurso Especial nº 594.650, Rel Min Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, Unânime, DJ 22/11/2004, p. 359.

RECURSO ESPECIAL. SEGURO RESIDENCIAL. INCÊNDIO. PERDA TOTAL. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO A MENOR. AÇÃO PLEITEANDO COMPLEMENTO DA INDENIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO ÂNUA. TERMO INICIAL. DATA DO PAGAMENTO.
1. Prescreve em um ano a ação em que se busca receber complemento de indenização de seguro, a contar da data da ciência do suposto pagamento a menor, nos termos do art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916, não se aplicando o art. 27 do CDC.
2. Recurso especial provido.
Recurso Especial nº 882.588, Rel Min Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Unânime, DJe 04/05/2011.

DIREITO CIVIL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA EM GRUPO. AÇÃO DE COBRANÇA DE DIFERENÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL.
1. O prazo prescricional ânuo (art. 178, § 6º, II, do CC/1916) para o ajuizamento da ação de cobrança de diferença de indenização securitária tem início na data da ciência inequívoca do pagamento incompleto ou a menor. Precedentes do STJ.
2. O depósito do valor relativo à indenização securitária, mesmo depois de decorrido longo período da ocorrência do sinistro, configura reconhecimento da obrigação.
3. No caso concreto, o pagamento foi realizado em 22/11/2001 (fl. 21) e a ação de cobrança, ajuizada para recebimento da diferença correspondente à referida indenização, protocolizada em 9/7/2002 (fl. 2), portanto dentro do prazo prescricional ânuo.
4. Recurso especial provido para afastar a prescrição e determinar que o Tribunal local prossiga no exame das demais questões articuladas no recurso de apelação.
Recurso Especial nº 831.843, Rel Min Antônio Carlos Ferreira, **Quarta Turma**, Unânime, DJe 02/08/2012.

A prova dos autos dá a conhecer que o segundo e último pagamento referente ao seguro contratado pelo Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda foi realizado no dia 07 de março de 1996, data em que a representante legal do segurado passou o respectivo recibo, a demonstrar que precisamente naquela data ocorreu a ciência inequívoca do pagamento pretensamente incompleto da cobertura contratada (fls 104).

A ação indenizatória proposta inicialmente pelo Restaurante e Pizzaria Brasília Ltda, sucedido na relação processual pela Massa Falida, foi protocolada no dia 07 de abril de 1997, e distribuída no dia imediatamente subsequente, à 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (fls 02V).

É inevitável concluir, portanto, a partir do contexto probatório emergente

dos autos, que a ação julgada pela sentença recorrida foi proposta após expirado o prazo prescricional previsto no art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916.

Diante de tudo quanto exposto, conheço da apelação interposta por Unibanco Seguros S.A., para declarar a ilegitimidade ativa *ad causam* de Rosa Rios Palhares, com a extinção do processo, sem resolução do mérito, na forma do art. 267, inciso VI, do CPC; decretar de ofício a prescrição do direito afirmado na inicial, revogando a antecipação de tutela concedida na primeira instância, e julgar prejudicada a apelação quanto ao fundamento do suposto excesso indenizatório, não conhecendo da apelação adesiva interposta por Rosa Rios Palhares.

Atento ao disposto nas alíneas "a", "b" e "c", do § 3º, e no § 4º, do art. 20, do Código de Processo Civil, condeno a parte autora a pagar honorários advocatícios sucumbenciais ora arbitrados em R$ 10.000,00 (dez mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2013.

PROCESSO Nº 729650-12.2000.8.06.0001/1 (2000.0133.4650-5/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTES: JULIA PEREIRA DA SILVA, VALÉRIA MARIA DE PAULA MOREIRA, NEIDE MARIA SOARES DA SILVA LIMA, RUTH DE CÁSSIA SOUSA ABREU, MARIA DE FÁTIMA DE OLIVEIRA SILVA, SARANEUDA FÉLIX DE MOURA, ERINEIDE BARROSO LEITÃO, ADALMIRA CAVALCANTE DE SOUSA e NILDJA MARIA MOREIRA LIMA
APELADO: INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA - IJF
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: RECURSO APELATÓRIO. PREVIDENCIÁRIO E ADMINISTRATIVO. AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. AVERBAÇÃO DO TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO EM ATIVIDADE INSALUBRE SOB A ÉGIDE DO REGIME ESTATUTÁRIO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS. ADMISSIBILIDADE. OMISSÃO LEGISLATIVA RECONHECIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INSALUBRIDADE COMPROVADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

I – Enquanto não editada Lei Complementar específica, como exige o art. 40, § 4º, da Carta Magna, adota-se, no que couber, o regime geral de previdência social, como determinou o Supremo Tribunal Federal, com aplicação do art. 57, § 1º, da Lei nº 8.213/91.

II – Precedentes deste Tribunal de Justiça no mesmo sentido: Regime Geral da Previdência Social poderá ser aplicado no caso.

III – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, para manter a contagem especial para fins de aposentação do tempo de serviço prestado de forma insalubre, sob a égide do regime estatutário.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Apelatório interposto por JULIA PEREIRA DA SILVA e OUTRAS, contra sentença prolatada pelo Juízo da 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, fls. 171/179, nos autos da Ação Ordinária Declaratória proposta contra o INSTITUTO DR. JOSÉ FROTA – IJF, que julgou improcedente o pedido autoral.

Nas razões recursais, fls. 183/191, as apelantes elaboram breve resenha dos fatos, sustentando a procedência do pedido, apesar da ausência de Lei que regulamente a matéria, tratando-se de "omissão proposital" do legislador. Acrescenta que a doutrina clássica defende que o art. 40, § 4º, da Constituição Federal, é norma de eficácia plena, não dependente de legislação complementar para surtir efeito. Ao final, pugnam pelo provimento do recurso e consequente reforma da sentença.

Contrarrazões às fls. 194/200, postulando a manutenção do *decisum a quo*.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, fls. 212/218, opinando pela manutenção da decisão singular.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do Recurso Apelatório, passando a examiná-lo.

Pretendem as autoras a contagem de tempo ficto para fins de aposentadoria, com atividades em condições insalubres, junto à Autarquia Municipal de Fortaleza, sob o regime estatutário.

Impõe-se observar de início que, no tema da aposentadoria dos servidores públicos, sobrevieram 03 (três) mudanças constitucionais, quais sejam, a Constituição Federal de 1967, a Emenda nº 1, de 1969 e a Constituição Federal de 1988.

A Constituição de 1967, em seu artigo 100, assim estabeleceu:

> "Art. 100. O funcionário será aposentado:
> I – por invalidez;
> II – compulsoriamente, aos setenta anos de idade;
> III – voluntariamente, após trinta e cinco anos de serviço;
> § 1º No caso do número III, o prazo é reduzido a trinta anos, para as mulheres.
> § 2º Atendendo a natureza especial do serviço, a lei federal poderá reduzir os limites de idade e de tempo de serviço, nunca inferiores a sessenta e cinco e vinte e cinco anos, respectivamente, para a aposentadoria compulsória e a facultativa, com as vantagens do item I do art. 101."

A matéria da aposentadoria, que fora regulada nos citados arts. 100 e 101, da CF/67, foi disciplinada com alterações nos art. 101 e 102, da Emenda nº 1, de 1969.

E, especialmente no que respeita ao tempo e à natureza especial do serviço, dita Emenda nº 1, em seu art. 103, criou regra especial que estabeleceu o seguinte, *verbis*:

> "Art. 103 – Lei complementar, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, indicará quais as exceções às regras estabelecidas, quanto ao tempo e natureza do serviço, para aposentadoria, reforma, transferência para a inatividade e disponibilidade."

Desde então, as exceções às regras gerais relativas à aposentadoria, passaram a depender de Lei Complementar Federal específica, de iniciativa exclusiva do Presidente da República, razão pela qual se passou a entender que as regras anteriores, não foram recepcionadas pela Constituição de 1969 e, por isso, ficaram implicitamente revogadas.

Essa situação não se modificou com a superveniência da Constituição Federal de 1988, especificamente em seu art. 40, § 4º, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98 (norma de eficácia limitada), vez que definiu as regras relativas à aposentadoria do servidor público, trazendo a possibilidade de serem excepcionados os requisitos e critérios para sua concessão, na hipótese de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do servidor. Todavia, atribuiu à Lei Complementar a definição de tais atividades, ainda não tendo sido editada referida norma pelo Congresso Nacional.

A questão é controvertida nesta Corte de Justiça, porém, numa análise mais detida da situação fática, em cotejo com as decisões unânimes proferidas em diversos Mandados de Injunção julgados pelo Supremo Tribunal Federal, e ponderada em face do princípio constitucional da razoabilidade, filio-me à corrente de entendimento contrária daquela esposada na decisão primitiva, fl. 230, seguida por meu Revisor – Des. Washington Luís Bezerra de Araújo.

A matéria de fundo, ressoa no art. 40, § 4°, da Constituição Federal que dispõe acerca da concessão de aposentadoria especial, *in verbis*:

> "§ 4º. Ê vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 47. de 2005)"

A norma, ao assegurar o direito à contagem especial do servidor público, faz remissão, como dito anteriormente, à Lei Complementar que deveria regular os limites do exercício desse direito.

Ocorre que a Administração Pública vem usando essa omissão legislativa para vedar o direito à contagem de tempo exercido em atividade insalubre para fins de aposentadoria especial, ainda que a Constituição tenha expressamente reconhecido esse direito.

Essa postura da Administração esvazia a eficácia de comando constitucional com conteúdo social, na medida em que nega a plena e imediata eficácia da norma prevista na Carta Magna, submetendo os servidores públicos a situação de desigualdade.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Injunção nº 721, reconheceu a omissão legislativa do Estado, garantindo a contagem especial do tempo de serviço prestado em condições insalubres, mediante a aplicação subsidiária das normas do Regime de Previdência Social, *verbis*:

> "MANDADO DE INJUNÇÃO - NATUREZA, Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5° da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada. MANDADO DE INJUNÇÃO - DECISÃO – BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA - TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS - PREJUÍZO À SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Inexistente a disciplina especifica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial, daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1o, da Lei n° 8.213/91."
> (Ml nº 721/DF - DISTRITO FEDERAL, Relator Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 30/08/2007, Órgão Julgador: Tribunal Pleno).

Essa a orientação que vem sendo adotada pela Corte Constitucional. Vejamos:

> "MANDADO DE INJUNÇÃO. APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR A DISCIPLINAR A MATÉRIA. NECESSIDADE DE INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA. 1. Servidor público. Investigador da policia civil do Estado de São Paulo. Alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade. 2. Reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial. 3. Mandado de injunção conhecido e concedido para comunicar a mora à autoridade competente e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91."
> (Ml nº 795, Rela. Mina. Carmen Lúcia, DJe 94, divulgado em 21.5.2009) .

> "MANDADO DE INJUNÇÂO - NATUREZA. Conforme disposto no inciso LXXI do artigo 5º da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de injunção quando necessário ao exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Há ação mandamental e não simplesmente declaratória de omissão. A carga de declaração não é objeto da impetração, mas premissa da ordem a ser formalizada.
> MANDADO DE INJUNÇÂO - DECISÃO BALIZAS. Tratando-se de processo subjetivo, a decisão possui eficácia considerada a relação jurídica nele revelada. APOSENTADORIA TRABALHO EM CONDIÇÕES ESPECIAIS PREJUÍZO A SAÚDE DO SERVIDOR - INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR - ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL Inexistente a disciplina especifica da aposentadoria especial do servidor, impõe-se a adoção, via pronunciamento judicial daquela própria aos trabalhadores em geral - artigo 57, § 1º, da Lei n° 8.213/91."
> (Ml n° 758-6/STF, Relator Min. Marco Aurélio).

> "EMBARGOS DECLARATÔRIOS – PRESTAÇÃO JURISDICIONAL Os embargos declaratórios visam ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, devendo, por isso mesmo, merecer compreensão por parte do órgão julgador. APOSENTADORIA ESPECIAL - SERVIDOR PÚBLICO - TRABALHO EM AMBIENTE INSALUBRE PARÂMETROS. Os parâmetros alusivos à aposentadoria especial, enquanto não editada a lei exigida pelo texto constitucional, são aqueles contidos na Lei n° 8.213/91, não cabendo mesclar sistemas para, com isso, cogitar-se de idade mínima."
> (Ml nº 758 -ED/ STF, Relator Min. Marco Aurélio).

Reconheço que não há justificativa para a omissão legislativa, vez que não se está criando o direito à aposentadoria especial, previsto constitucionalmente para os servidores públicos, mas apenas estabelecendo as condições para o seu exercício, de sorte que o custeio tem caráter contributivo e solidário, isto é, a própria contribuição imposta aos servidores e à administração destina-se à aposentadoria, inclusive a especial.

Dessa maneira, mostra-se imperioso o reconhecimento do direito à contagem de tempo especial prestado em condições insalubres.

Registre-se, por ensejante, a proposta de Súmula Vinculante, apresentada pelo Min. Gilmar Mendes, com sugestão do seguinte texto:

> "Enquanto inexistente a disciplina específica sobre aposentadoria especial do servidor público, nos termos do art. 40, § 4º da Constituição Federal, com a redação da Emenda Constitucional nº 47/2005, impõe-se a adoção daquela própria aos trabalhadores em geral (art. 57, § 1º da Lei nº 8.213/91)."

No mesmo sentido, decisões colegiadas desta Corte Estadual de Justiça:

> "REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIDORES MUNICIPAIS. ATIVIDADE

> INSALUBRE. MUDANÇA DE REGIME DE CELETISTA PARA ESTATUTÁRIO. CONTAGEM ESPECIAL DE TEMPO DE SERVIÇO. DIREITO ADQUIRIDO TOCANTE AO PERÍODO CELETISTA. PERÍODO ESTATUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. ARTIGO 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 57, DA LEI 8.213/91. REEXAME NECESSÁRIO E RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E DESPROVIDOS. 1. A questão de mérito em apreço cinge-se em aferir a legalidade ou não da conversão diferenciada do tempo de serviço aos autores, servidores municipais da área de saúde que laboram em condições especiais (insalubres), para efeito de futura aposentadoria especial. 2. Servidor celetista que labora em condições de insalubridade tem direito adquirido à contagem de tempo especial, na forma prevista na legislação da época do exercício das referidas atividades. Direito incorporado ao patrimônio. Precedentes. 3. No tocante ao período posterior à criação do Regime Jurídico Único, passando o servidor de celetista a estatutário, a despeito da inexistência de norma regulamentadora da aposentadoria especial do servidor, nos moldes requeridos pela Constituição Federal de 1988, impõe-se a adoção, por via judicial, daquela própria dos trabalhadores em geral - artigo 57, da Lei 8.213/91. Precedentes. 4. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDOS E DESPROVIDOS, A FIM DE MANTER INCÓLUME A SENTENÇA VERGASTADA."
> (Apelação Cível e Reexame Necessário nº 696091-64.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, 1ª Câmara Cível, julgada em 10/10/2012).

> "CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL. AÇÃO ORDINÁRIA COM PRECEITO COMINATÓRIO. SERVIDOR PÚBLICO. TRABALHO EM CONDIÇÕES INSALUBRES. CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. POSSIBILIDADE. REGIME CELETISTA. DIREITO ADQUIRIDO. ESTATUTÁRIO. INEXISTÊNCIA DE LEI COMPLEMENTAR. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA LEI Nº 8.231/91. PRECEDENTES DO STJ E DESTE SODALÍCIO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL CONHECIDAS, MAS DESPROVIDAS. - Os servidores públicos municipais que trabalharam sob condições de insalubridade, na época em que submetidos ao regime celetista, têm direito à contagem especial de tempo de serviço para fins de aposentadoria, em vista de já terem incorporado tal benefício. - não havendo disciplina, no regime estatutário, quanto à possibilidade de contagem de tempo especial, é de se aplicar a dos trabalhadores em geral, via pronunciamento judicial, conforme entendimento esposado no julgamento do Mandado de Injunção nº 578/DF pelo STF. - Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e deste sodalício. Apelação e Remessa Oficial conhecidas, mas desprovidas."
> (Apelação Cível nº 760092-58.2000.8.06.0001/1, Rel. Des. Ademar Mendes Bezerra, 2ª Câmara Cível, julgada em 09/09/2011).

Ressalte-se que, ao reconhecer o direito em questão, o Poder Judiciário não invade a esfera de atribuições da Administração Pública. Não pode o Judiciário, quedar-

se inerte, aguardando, por parte dos outros Poderes, definições acerca da implementação de política de aposentadoria especial de servidores prevista na Constituição Federal. Havendo direito a ser assegurado, cabe-lhe garantir a eficácia da norma constitucional.

Esclarecido o ponto nodal da demanda, verifica-se que a prova produzida nos autos e expedida pela própria municipalidade, descreve a atuação efetiva dos autores em atividades médicas insalubres, fls. 21, 26, 31, 36, 41, 46, 51, 54 e 61 de acordo com os ditames legais do tempo de contribuição previdenciária.

Portanto, a partir dos elementos constantes dos autos, resta evidente, sem qualquer sombra de dúvida, que houve o exercício de atividade nociva por parte dos autores.

Diante do exposto, conheço do recurso apelatório, para dar-lhe provimento, assegurando aos autores, a contagem especial para fins de aposentação do tempo de serviço prestado de forma insalubre, sob a égide do regime estatutário, de que trata o § 4º, do art. 4º, da Constituição Federal, e o art. 57, da Lei n° 8.2Em virtude do ônus da sucumbência, arbitro os honorários advocatícios no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 19 de fevereiro de 2013.

PROCESSO Nº 1094-22.2009.8.06.0164/1 (2009.0002.8210-8/1)
APELAÇÃO CÍVEL DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE
APELANTE: C & L INDÚSTRIA DE PLÁSTICO LTDA.
APELADA: MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA.
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE COBRANÇA. CLÁUSULAS ABUSIVAS. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ATRASO NA DEVOLUÇÃO DO CONTÊINER. "DEMURRAGE" / SOBRESTADIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. ULTRAPASSAGEM DO PRAZO DE ESTADIA LIVRE. TERMO DE RESPONSABILIDADE. DEMORA NA LIBERAÇÃO ADUANEIRA. INOCORRÊNCIA DE CASO FORTUITO. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO BEM DOSADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

I – Não é abusiva a cláusula contratual que prevê cobrança de sobrestadia (*demurrage*) de contêineres a contar da descarga do navio. Mormente quando estipulado prazo razoável de franquia (*free time*). Prática comum no comércio marítimo que não configura onerosidade excessiva para um dos contratantes.

II – Inaplicável as normas do CDC, pois nem o produto importado, tampouco a prestação de serviço feita tinha como destinatária final a ré.

III – A 'demurrage' é usada para demonstrar tanto a demora quanto a remuneração paga em decorrência desta, como uma espécie de ressarcimento pelo prejuízo causado no período em que os contêineres não puderam ser aproveitados, gerando ônus aos seus proprietários e enriquecimento ilícito da importadora, que neles armazenou seus produtos sem custos.

IV – Os cofres de carga são considerados parte integrante do veículo transportador, nos termos do art. 24, da Lei 9.611/98, que regula o transporte multimodal de cargas.

V – O valor da sobrestadia, bem como o compromisso de pagamento vêm expresso no Termo de Compromisso.

VI – A demora na liberação aduaneira, trata-se de fato corriqueiro que não caracteriza caso fortuito a afastar a responsabilidade da recorrente pelos valores pretendidos pela demandante.
VII – Devem ser mantidos os honorários fixados na sentença, pois bem dosados à espécie.
VII – Recurso Apelatório conhecido, para rejeitar a preliminar e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a decisão monocrática em todos os seus termos.

ACÓRDÃO

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível contra sentença proferida pelo juízo monocrático da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante, fls. 231/233, que nos autos da Ação Ordinária de Cobrança movida por MSC MEDITERRANEAN SHIPPING DO BRASIL LTDA. contra C & L INDÚSTRIA DE PLÁSTICO LTDA., julgou procedente o pedido autoral, condenando a promovida ao pagamento de US$ 1.040,00 (um mil e quarenta dólares), devendo esse valor ser convertido em reais, segundo a cotação do dia 15 de julho de 2009, com incidência de juros de 1% (um por cento) ao mês, e correção monetária pelo INPC, desde a data do ajuizamento da contenda, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Insatisfeita com a decisão proferida pelo juízo monocrático, a requerida apresentou recurso, fls. 240/246, alegando, em suma, arbitrariedade na confecção e imposição das cláusulas contratuais pactuadas. Sustenta a inexistência de qualquer responsabilidade na sobrestadia dos contêineres, atribuindo esse ônus, a terceiros (agentes da Receita Federal) que não integram a lide. Afirma que o Termo de Compromisso impôs condições abusivas à requerida, indo de encontro aos princípios constitucionalmente impostos. Ressalta, ainda, que a condenação em honorários advocatícios foi excessiva, devendo ser procedida sua redução. Ao final, pugna pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença, nos termos das razões apresentadas.

Contrarrazões, fls. 249/253, pleiteando a manutenção da sentença.

É o breve relatório.

Incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos ao conhecimento do recurso, eis que próprio e tempestivo.

Com efeito, antes de adentrar detidamente ao caso em apreço, sinto que algumas considerações devam ser feitas sobre a matéria.

Cuidam os autos de uma ação de cobrança, cujo débito é oriundo da "demurrage" de contêineres, ou, sobrestadia, que está ligada ao excesso de tempo na utilização do navio ou do equipamento além da data prevista, ou seja, é o tempo utilizado a mais, consequentemente de retardamento, retenção, principalmente de demora, pela qual é devido pagamento indenizatório. A sobrestadia de contêineres é um dos institutos do Direito Marítimo, direito esse que, em geral, não possui a mesma evolução das demais legislações do país.

Tal assertiva pode ser observada no trato do instituto em tela, a sobrestadia, pois, apesar de ser comumente utilizada em nossos negócios marítimos internos e internacionais, bem como constar como cláusula obrigatória nos contratos de afretamento, é pouco convencional.

A "demurrage" é usada para demonstrar tanto a demora, quanto a remuneração paga em decorrência desta. É uma espécie de ressarcimento pelo prejuízo causado no período em que os contêineres não puderam ser aproveitados, gerando ônus aos seus proprietários e enriquecimento ilícito da importadora, que neles armazenou seus produtos sem custos.

Assim, o objetivo de se fixar um lapso temporal adequado à estadia (*free time* - franquia de dias) e, de igual forma, uma taxa justa para a sobrestadia, é compelir ambas as partes ao cumprimento do contrato e se diligenciarem no intuito de que não haja a demora, inexistindo prejuízo a qualquer dos contratantes.

Feita essa breve explanação sobre a *demurrage*, passo ao exame do evento em destaque e, inicialmente, teço considerações a respeito da alegação de arbitrariedade na confecção e imposição das cláusulas contratuais pactuadas.

Destaco que é incontroverso o atraso na devolução dos contêineres de propriedade da autora por parte da ré, bem assim a previsão contratual de cobrança de sobrestadia pelo período que excedesse aquele acordado pelas partes.

A discussão cinge-se a aferir se a cláusula contratual que previu o início do período de *free time*, a contar da data em que o navio é descarregado, é excessivamente onerosa para um dos contraentes.

A previsão contratual de cobrança de valores correspondentes à sobrestadia de equipamento, encontra-se no Termo de Compromisso, fls. 79/81, assinado pela devedora, *in verbis*:

> "Neste ato, manifestamos integral concordância com as condições e procedimentos adotados pelo Armador quanto a devolução do(s) container(s), bem como com a tarifa de sobrestadia (demurrage) estabelecida para o Brasil, a ser aplicada nos termos da tabela abaixo, caso o(s) container(s) não sejam por nós devolvidos no período de franquia "dias livres" (free time) estabelecidos."

Logo, havendo livre manifestação da recorrente acerca da assunção de obrigações a contar da descarga dos contêineres, não há falar em imposição unilateral de cláusula contratual, ou, mais ainda, abusividade nas cláusulas contratuais.

Outrossim, ainda que não tivesse a apelante condições de discutir essa estipulação pactuada, a mesma não se mostra abusiva. Ao contrário, visa remunerar os transportadores e detentores desses bens pelo período em que já estiverem no porto, aguardando liberação da aduana.

Em conclusão, o contrato firmado pelas partes, possui cláusulas padronizadas, não autorizando o imediato reconhecimento da abusividade de seu conteúdo.

MÉRITO

Quanto ao mérito, não há controvérsia a respeito dos fatos. A ora apelante admite que recebeu a carga transportada pela recorrida e que permaneceu na posse dos contêineres de propriedade dessa além do tempo estipulado. Sustenta, ademais, que a multa pela demora na devolução não pode ser cobrada porque não contribuiu com a dilação do prazo, atribuindo a responsabilidade a terceiros (agentes da Receita Federal).

Inicialmente cabe referir que, *in casu*, não se aplicam as normas do Código de Defesa do Consumidor, pois, nem o produto importado, tampouco a prestação de serviço tinha como destinatária final a ré.

Com efeito, a devedora não utilizou dos serviços de transporte como destinatária final do produto, mas, sim, na condição de comerciante, motivo pelo qual não se trata de relação de consumo sendo inaplicável a legislação supramencionada.

Importante para o caso esclarecer que os cofres de carga são considerados parte integrante do veículo transportador, nos termos do art. 24, da Lei nº 9.611/98, que regula o transporte multimodal de cargas.

A fim de facilitar o recebimento da mercadoria pelo destinatário, esses contêineres são a ele entregues com alguns dias livres para utilização (conhecidos como *free-time*, como dito anteriormente), quando devem então ser devolvidos em condições de reutilização. Em caso de não devolução dentro do prazo acordado, passa-se à cobrança de valores diários até que tal se opere. Essa é a praxe do negócio *sub judice*.

O transportador concedeu um prazo de 07 (sete) dias de isenção de cobrança de qualquer tarifa ("free-time"), passando a cobrar a partir de então, majorando o valor a contar do 8º (oitavo) dia, fl. 80.

Inexiste abusividade neste tipo de cobrança, tendo em vista os enormes prejuízos sofridos por uma empresa transportadora que fica privada de seus contêineres para desenvolver adequadamente suas atividades.

Ao contratante do transporte, cabe ser ágil no desembaraço da mercadoria, devolvendo os depósitos ainda no período denominado "free-time", quando então nada desembolsará.

Ademais, no que diz com a alegação de caso fortuito, ante o retardamento no desembaraço das mercadorias por parte da Receita Federal, o entendimento jurisprudencial é o de que a demora na liberação aduaneira, por tratar-se de fato corriqueiro e previsível, não isenta a consignatária da obrigação de pagamento da sobrestadia. Entende-se que o atraso decorrente da burocracia alfandegária não é fato imprevisível, acidental, não caracterizando o caso fortuito. E, no presente caso, com maior razão, pois não foi demonstrada paralisação dos serviços portuários ou alfandegários; e também não demonstrou a ré ter postulado perante a autoridade fiscal – diante da aproximação do fim do período livre de sobrestadia - a "desova" do contêiner, com a separação da carga e liberação daquele (unidade de carga) para devolução, eis que não existe amparo legal para sua retenção, conforme decisões reiteradas do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – ABANDONO DE MERCADORIA – RETENÇÃO DE CONTÊINER – IMPOSSIBILIDADE – PRECEDENTES.
> 1. Esta Corte tem entendido que não existe amparo jurídico para apreensão de contêiner, o qual não se confunde com a mercadoria. Encerrado o contrato de transporte, torna-se ilegal a sua retenção.
> 2. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no Ag 1106216/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 19/08/2009).

> "ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. APREENSÃO DE CARGA. RETENÇÃO DE CONTÊINER. LEIS Nº.s 6.288/75 E 9.611/98.
> 1. A agravante não ofereceu argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada, mesmo porque esta se encontra em consonância com o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça.
> 2. Segundo o art. 24 da Lei nº 9.611/98, os contêineres constituem equipamentos que permitem a reunião ou unitização de mercadorias a serem transportadas. Não se confundem com embalagem ou acessório da mercadoria transportada. Inexiste, assim, amparo jurídico para a apreensão de contêineres.
> 3. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no Ag 949.019/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2008, Dje. 19/08/2008).

Em sendo a cobrança legal (utilização indevida de propriedade alheia – art. 24, Lei nº 9.611/98) e fundada em documentos constantes dos autos, não há falar

em cobrança indevida, vez que essa representa tão somente o ressarcimento por essa utilização.

Destarte, imperioso asseverar que competia à recorrente, demonstrar, de forma específica, os fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito da autora, o que não ocorreu, razão pela qual não podem ser alvo de acolhida meras alegações genéricas, como fizera na defesa de sua tese.

Por derradeiro, quanto aos honorários advocatícios, também não assiste razão ao apelante, posto que foram bem dosados à espécie, especialmente considerando que o juízo *a quo* levou em consideração o disposto no art. 20, § 3º, do CPC.

Assim, fica mantida a condenação em honorários, fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

Em face de todo o exposto, CONHEÇO do Recurso Apelatório, para rejeitar a preliminar e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo todos os termos da decisão monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 19 de novembro de 2012.

PROCESSO Nº. 0000113-54.2006.8.06.0113 – APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ANTÔNIA VIEIRA DOS SANTOS.
APELADA: MUNICÍPIO DE JUCÁS.
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. MANUTENÇÃO DE POSSE. PERMISSÃO DE USO. IMÓVEL MUNICIPAL. NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. REVOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO INDENIZATÓRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. O imóvel, objeto da presente lide, qualifica-se como bem público, impossibilitando-se sua prescrição aquisitiva.
2. No caso em tela, a recorrente obteve a permissão de uso do imóvel através de ato administrativo visando a constituição do Cartório de 1º Ofício de Registro Civil da Comarca de Jucás, para o único e exclusivo fim das atividades cartorárias, sem constituir a cessão do bem ou, ainda, estipular qualquer condição para sua utilização.
3. Demonstrada a correta revogação da permissão, em caráter provisório, do imóvel pertencente ao Município, através da Lei Municipal nº 256/06, de 20 de outubro de 2005, de acordo com a conveniência da Administração, não há que se falar em desocupação ilegal ou ato administrativo inválido, nem mesmo em condenação ao pagamento de indenização à permissionária, a título de danos morais, ou mesmo materiais, decorrentes de alegadas benfeitorias que esta realizou no imóvel, até porque essas não foram comprovadas nos autos.
4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº. 0000113-54.2006.8.06.0113, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso interposto, mas para negar-lhe provimento, em conformidade com o voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação ajuizado por Antônia Vieira dos Santos contra decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jucás, o qual

julgou improcedente o pedido de manutenção de posse em desfavor do Município de Jucás, ora apelado.

Em suas razões recursais, a recorrente disserta que se encontra há mais de 24 (vinte e quatro) anos na posse de imóvel onde mantém as instalações do Cartório de 1º Ofício de Registro Civil da Comarca de Jucás. Aduz que em 20 de outubro de 2005, o Município recorrido, através de seu Prefeito Municipal, sancionou lei municipal doando o imóvel para construção de sede do Banco do Brasil. Diante de tal situação, a recorrente afirma encontrar-se turbada em sua posse, pois a referida área foi concedida sem qualquer interveniência da requerente, que em seu ofício presta serviço público à comunidade. Assevera inexistir qualquer prova de propriedade do município recorrido sobre o imóvel, caracterizando-se o evidente ato ilícito a ser afastado. Conclui requerendo a reforma da sentença prolatada, para julgar procedente a presente ação, mantendo a autora na posse do referido bem imóvel (fls. 136/141).

Devidamente intimado, o Município de Jucás deixa transcorrer o prazo recursal sem apresentar qualquer manifestação, conforme fl. 147.

Instada a opinar no feito, a douta Procuradoria Geral de Justiça deixa de se manifestar acerca do recurso, reputando restar ausente interesse público na matéria ora versada.

É o relatório.

VOTO

A presente demanda tem por objeto pleito de manutenção de posse ajuizado por Antônia Vieira dos Santos em contrariedade à decisão do MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de Jucás, o qual julgou improcedente ação possessória intentada.

Devidamente examinados os pressupostos processuais, conheço do recurso interposto, posto que presentes seus requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

A ação de manutenção de posse constitui-se em interdito possessório, cujos requisitos são a constituição de posse sobre o imóvel e a continuação da posse, embora turbada, em conformidade com o preceito do art. 927 do Estatuto Adjetivo Cível.

Ao analisar os depoimentos colhidos em instrução processual noticiando o funcionamento anterior de instalações do Órgão Jurisdicional Estadual no imóvel em litígio, a MMª. Juíza *a quo* que presidiu a instrução, solicitou informações relativas a posse e propriedade do referido bem ao setor de Patrimônio do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Em resposta, o ofício nº. 431/2006 informa que o referido bem não se encontra na propriedade do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Em continuidade, a Magistrada requer a juntada do ato concessivo do imóvel à recorrente. Atendendo a determinação judicial, a apelante junta aos autos, Resolução nº. 002/97, lavrada pela próprio Magistrado que respondia pela Vara Única da Comarca de Jucás, que às fls. 78/81, se registra o seguinte:

> (…) Por à disposição até ulterior deliberação, conforme subseguem elencadas, as salas e demais dependências que integram as instalações supra-reportadas;
> a) as duas primeiras salas, anteriormente ocupadas pelo 1º Ofício e Promotoria, serão cedidas para a atividade registrária à Srta. ANTÔNIA VIEIRA DOS SANTOS – Oficiala do registro Civil das Pessoas Naturais desta sede, que poderá efetuar as necessárias reformas;

Pelo teor da Resolução acima transcrita, pode-se observar que o imóvel, objeto da presente lide, qualifica-se como bem público de uso especial, impossibilitando-se sua prescrição aquisitiva, de acordo com a previsão constitucional do art. 183, §3º, da Magna Carta. A evidência da natureza pública do referido bem imóvel pode ser constatada através do texto do ato administrativo, bem como da destinação concedida ao imóvel.

No caso em tela, a Sra. Antônia Vieira dos Santos obteve a permissão de uso do imóvel situado na rua Nelzinho Leal, nº. 49, Centro, Jucás-CE. O referido ato administrativo tinha por fundamento a constituição do Cartório de 1º Ofício de Registro Civil da Comarca de Jucás, para o único e exclusivo fim das atividades cartorárias, sem constituir a cessão do bem ou, ainda, estipular qualquer condição para sua utilização. O saudoso mestre Hely Lopes Meireles, nos ensina sobre a permissão de uso, constatada no caso em exame, em trecho colacionado abaixo:

Permissão de uso é ato negocial unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial, pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dados sua natuObserva-se que a permissão de uso de bem imóvel constitui-se em ato unilateral, discricionário e precário, podendo a Administração Municipal revogá-lo a qualquer tempo. Demonstrada a correta revogação da permissão, em caráter provisório, do imóvel pertencente ao Município, através da Lei Municipal nº 256/06, de 20 de outubro de 2005, de acordo com a conveniência da Administração, não há que se falar em desocupação ilegal ou ato administrativo inválido, nem mesmo em condenação ao pagamento de indenização à permissionária, a título de danos morais, ou mesmo materiais, decorrentes de alegadas benfeitorias que este realizou no imóvel, até porque essas não foram comprovadas nos autos. Vide-se jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema:

> "PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N.º 282 E 356 DO STF. PERMISSÃO DE USO. PRECARIEDADE. REVOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO INDENIZATÓRIO.
> 1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que veda-se

a apreciação, em sede de Recurso Especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o tribunal de origem.
2. É que o artigo 159 do CCB não foi prequestionado, e na forma da Súmula 356/STJ "o ponto omisso da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento" (Súmula N.º 356/STJ).
3. A título de argumento *obiter dictum*, a revogação do direito de ocupação de imóvel público, quando legítima, de regra, não dá margem a indenização. Com efeito, quando existe o poder de revogar perante a ordem normativa, sua efetivação normalmente não lesa direito algum de terceiro (Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 18ª Edição, página 424).
4. *In casu* , consoante assentado no acórdão objurgado o recorrido só poderia outorgar o uso de área de suas dependências mediante o devido título jurídico, a saber, autorização, permissão ou concessão, título este que a autora não comprovou possuir.
5. A Permissão de uso de bem público é ato unilateral, precário e discricionário quanto à decisão de outorga, pelo qual se faculta a alguém o uso de um bem público. Sempre que possível, será outorgada mediante licitação ou, no mínimo, com obediência a procedimento em que se assegure tratamento isonômico aos administrados (como, por exemplo, outorga na conformidade de ordem de inscrição) (Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 18ª Edição, páginas 853/854).
6. O art. 71 do Decreto-lei 9.760/46, prevê que "o ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil".
7. A falta da comprovação da outorga do instrumento jurídico adequado para justificar o uso privativo de área de bem de uso especial da Administração, a demonstrar a regularidade da ocupação do local em que a recorrente montou o seu salão de beleza, restou assentada na Corte de origem, situação fática insindicável nesta seara processual ante o óbice da Súmula 7/STJ.
8. Recurso Especial não conhecido"
(REsp 904676/DF (2006/0258994-4), STJ, Primeira Turma, Rel. Min. LUIZ FUX, unânime, julg. 18/11/2008, DJe 15/12/2008)".

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO DE USO DE IMÓVEL MUNICIPAL POR PARTICULAR.NATUREZA PRECÁRIA E DISCRICIONÁRIA. POSSIBILIDADE DE CANCELAMENTO. PREVISÃO CONTRATUAL. AUSÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
1. A autorização de uso de imóvel municipal por particular é ato unilateral da Administração Pública, de natureza discricionária, precária, através do qual esta consente na prática de determinada atividade individual incidente sobre um bem público. Trata-se, portanto, de ato revogável, sumariamente, a qualquer tempo, e sem ônus para o Poder Público.
2. Como a Administração Pública Municipal não mais consente a permanência da impetrante no local, a autorização perdeu sua eficácia. Logo, não há direito líquido e certo a ser tutelado na hipótese dos autos.

> 3. Comprovação nos autos da existência de previsão contratual no tocante ao cancelamento da permissão debatida.
> 4. Recurso não provido"
> (RMS 16280/RJ (2003/0060932-1), STJ, Primeira Turma, Rel. Min. JOSÉ DELGADO (1105), unânime, julga 19/02/2004, in DJ 19/04/2004 p. 154).

Isto posto, CONHEÇO da apelação interposta, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se integralmente a sentença vergastada, julgando-se improcedente a manutenção de posse intentada pela apelante. Mantém-se, também, condenação em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, a ser recolhido em favor do Município apelado.

É como voto.

Fortaleza, 26 de setembro de 2012.

APELAÇÃO CIVEL Nº 114302-22.2008.8.06.0001/0
APELANTE: RENATA PAIVA DE MIRANDA
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA

EMENTA: DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CIVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO NÃO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS A QUE CONCORREU. LEI POSTERIOR AO EDITAL CRIA NOVAS VAGAS. APELANTE ATINGIU A PONTUAÇÃO MÍNIMA NA PRIMEIRA ETAPA DO CERTAME, NO ENTANTO NÃO SE CLASSIFICOU DENTRO DO LIMITE PREVISTO PARA CONVOCAÇÃO NA SEGUNDA ETAPA DO CONCURSO. NÃO OBRIGATORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA VINCULAR-SE A LEI POSTERIOR A PUBLICAÇÃO DO EDITAL. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1- Recurso de apelação que objetiva reformar sentença proferida em sede de primeiro grau, revogando decisão liminar que concedeu direito da apelante participar das demais fases do certame.

2- Apelante aduz que Lei posterior a publicação do Edital ampliou o número de vagas.

3- Acerca do tema, é sabido que a apelante concorreu ao número de 130 vagas iniciais, e que a Lei não estava em vigor à época da publicação do Edital.

4- A Lei aplica-se aos fatos posteriores, não há razões para obrigar a Administração pública a vincular-se, pois trata-se do binômio conveniência e oportunidade.

5- Recurso improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de Apelação Cível, interposto por RENATA PAIVA DE MIRANDA, negando-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida nos autos da Ação Ordinária com pedido de Tutela Antecipada.

Fortaleza, 19 de julho de 2011.

VOTO

Conheço do apelo, pois presentes os requisitos de admissibilidade.

Cuidam os presentes autos de recurso de apelação interposto por RENATA PAIVA DE MIRANDA, com o escopo de obter reforma da decisão proferida Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza (fls. 160), que Julgou improcedente a Ação Ordinária com pedido de Tutela Antecipada em desfavor do ESTADO DO CEARÁ**.**

Inconformada, a autora interpôs recurso de apelação para reformar a sentença *a quo,* com a consequente tramitação normal do processo, por entender estarem presentes os requisitos previstos em lei para o deferimento do pedido inicial, empós regular instrução.

O cerne da questão consiste em verificar se existe dever da Administração Pública de prover as vagas criadas pela Lei 13.733/06, que entrou em vigor após a publicação do Edital do concurso.

No caso em tela, não vislumbro razões que justifiquem existir alguma obrigação por parte da administração pública de se vincular a uma lei criada posteriormente a publicação do edital, pois tratar-se-ia de intervenção do legislativo em atividade do executivo, afrontando a separação dos três poderes.

Com relação à matéria questionada, vejamos o que nos ensina a doutrina na lição de Hely Lopes Meireles:

> A administração é livre para estabelecer as bases do concurso e os critérios de julgamento, desde que o faça com igualdade para todos os candidatos, tendo, ainda, o poder de, a todo tempo, alterar as condições e requisitos de admissão dos concorrentes para melhor atendimento do interesse público.

Neste raciocínio, por se tratar de 130 vagas, como demonstrado nos documentos, a recorrente atingiu nota inferior a da última candidata nomeada para participar da segunda fase do certame, embora tenha sido superior a nota mínima exigida, pois conforme previsto no edital, apenas seis vezes o número de vagas participariam da segunda fase do certame, portanto, não há razões para manter a apelante como participante do concurso.

Destaque-se o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça em caso análogo:

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. CANDIDATO APROVADO FORA DAS VAGAS PREVISTAS. AUSÊNCIA DE PRETERIÇÃO OU ILEGALIDADE. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO.
> 1. Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segurança no qual

> insurgiu-se candidato aprovado em todas as fases do certame, alegando que possui o direito líquido e certo a nomeação, porquanto aprovado no curso de formação. O candidato foi aprovado na 442ª posição em concurso que previa 189 vagas para a lotação pretendida.
> 2. Os elementos trazidos aos autos dão conta de que se trata de caso no qual o recorrente foi aprovado fora do quantitativo de vagas previsto no edital; no que não lhe cabe direito líquido e certo. Precedentes: RMS 33.315/AP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 23.2.2011; e RMS 32.497/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 12.11.2010.
> 3. A situação sob exame também não evidencia ter havido a quebra na ordem classificatória, tampouco a preterição de candidatos; no que não há, novamente, falar de direito líquido e certo a nomeação. Precedentes: AgRg no RMS 32.094/TO, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 14.2.2011; e RMS 31.785/MT, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 28.10.2010. Agravo regimental improvido.

Desta forma, como ausente, no caso, requisitos essenciais para continuar a participar do certame,torna-se inviável o pleito exorado pelo postulante.

Assim, diante das circunstâncias acima expostas, conheço do recurso de apelação, por entender presentes os requisitos de sua admissibilidade, porém nego-lhe provimento,mantendo a sentença proferida no Juízo *a quo*, em comunhão com o judicioso parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL N° 0000012-57.2009.8.06.0098
APELANTE: COELCE - COMPANHIA ENERGETICA DO CEARA
APELADO: W. R. P.
REPR. LEGAL: LUIS RODRIGUES DE SOUSA
REP. JURÍDICO: 20498 - CE THOMAS DE CARVALHO SILVA
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. CHOQUE ELÉTRICO. MENOR IMPÚBERE (10 ANOS DE IDADE À ÉPOCA DO ACIDENTE). PERDA DE MEMBROS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, MATERIAIS E ESTÉTICOS. NEXO CAUSAL DEMONSTRADO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADA. *QUANTUM* PELO DANO MORAL MANTIDO. PENSIONAMENTO. MANTIDO. DEVER DE INDENIZAR. APELAÇÃO CONHECIDA, PORÉM IMPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

1. *In casu*, foram indicadas pelas partes todas as provas realmente fundamentais para a formação do convencimento do julgador, conforme os documentos presentes nos autos. Com efeito, houve a desconsideração, por parte do juízo *a quo*, de outras provas, inclusive pericial, evidenciando-se a conformação do julgador com as provas à análise constantes nos autos, estando o processo devidamente formalizado para sentença.

Evidentes, os transtornos físico, estético e psicológico sofridos pela parte apelada. As provas colacionadas pelo autor foram essenciais para a formação do convencimento do julgador, tendo a Coelce falhado no seu dever de proteção ao ente individual. É evidente que ao não garantir a adequada manutenção da rede elétrica, bem como ao não providenciar a instalação de um sistema de segurança verdadeiramente eficaz, estando ausentes causas excludentes de responsabilidade, conclusão inexorável é que a demandada deu causa ao evento noticiado nos autos, emergindo o dever de reparar os danos que advieram ao autor. Dúvida não existe do nexo entre o acidente e os danos sofridos pelo autor e nem da responsabilidade, por força de norma constitucional, repita-se, da promovida, não aproveitando em seu favor a alegativa de que o acidente fora evidenciado em propriedade privada ou

mesmo as sustentações de força maior provocada por ato de terceiro e a inexistência de nexo causal.

2. A alegada culpa exclusiva da vítima (menor impúbere), não merece prosperar. Igualmente, no que refere à hipotética sustentação do apelante de que a vítima contribuiu para a consecução do acidente, em razão de ter efetivado esforço para alcançar o fio energizado, de forma proposital. Não pode prosperar o destaque no apelo quanto à culpa concorrente, em vista que caso o referido fio condutor da energia elétrica não estivesse presente no local, jamais haveria ocorrido o resultado impactante sobre a vítima, com a dor excessiva nos aspectos físicos, estéticos, e a imensurável dor sentimental.

O valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) arbitrado pelo juiz singular, mostra-se razoável e consentâneo com os parâmetros e objetivos citados, a saber: a capacidade econômica do ofensor e da vítima, as circunstâncias do caso concreto, e, finalmente, a observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual não se justifica sua redução.

3. O STJ já entendeu: "É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das sequelas irreversíveis, conquanto a vítima, menor impúbere, não exercesse atividade remunerada à época do acidente. Recurso especial conhecido e provido". (STJ. 126.798/ MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, DJ 04/02/2002 p. 365).

4. Apelação conhecida, mas improvida. Sentença mantida, que condenou a apelante no pagamento do *quantum* indenizatório no valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta) mil reais, acrescido de correção monetária a partir da data da sentença e de juros moratórios de 1 % (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso. Mantida, ademais, a condenação a título de reparação por dano material, em pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte ao que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade. No que se refere aos honorários advocatícios, estes foram fixados com fundamento nos critérios impostos pela lei processual vigente (art. 20, §§3º e 4º, do CPC), razão pela qual nenhuma correção há que ser feita, inexistindo, *in casu*, a hipótese de sucumbência recíproca

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da Apelação, mas, para negar-lhe provimento, mantendo todos os termos da sentença recorrida, que condenou a COELCE no pagamento do *quantum* indenizatório no valor de R$170.000,00 (cento e setenta) mil reais, acrescido de correção monetária a partir da data da sentença e de juros moratórios de 1 % (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso. Mantida, ademais, a condenação a título de reparação por dano material, em pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte ao que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade. No que se refere aos honorários advocatícios, entendo que foram eles fixados com fundamento nos critérios impostos pela lei processual vigente (art. 20, §§3º e 4º, do CPC), razão pela qual nenhuma correção há que ser feita, inexistindo *in casu* a hipótese de sucumbência recíproca, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 22 de novembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Companhia Energética do Ceará (COELCE), em face de sentença proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Irauçuba, em Ação de Reparação de Danos Materiais, Morais e Estéticos, julgando procedente o pleito autoral , para o fim de condenar a COELCE no pagamento da verba indenizatória, por danos morais, no valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), acrescido de correção monetária, a partir da sentença, e de juros moratórios de 1% ao mês, a partir do evento danoso. A demandada foi condenada também, a pagar a título de reparação de danos materiais, pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte em que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade, condenando-a, ademais, nas custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (art. 20, §3º, do CPC).

Na exordial argumenta a parte autora, W. R. P., representada por seu pai, Luís Rodrigues de Sousa,que se encontrava na companhia de amigos na localidade de Lagoa das Pedras, Irauçuba/CE, e ao passar em uma parede de açude sofreu um grave acidente decorrente de fios de energia de alta tensão que se encontrava ao seu alcance. Alega ter tido 30% por cento da superfície corporal queimada, amputando consequentemente o antebraço direito, e dois dedos dos pés. Acrescentou a negligência da Coelce, uma vez que não houve providências no sentido de fiscalizar as condições dos postes e das linhas de transmissão, e, por conseguinte, responsabilidade civil objetiva por se tratar de concessionária prestadora de serviços públicos.

Sustentou a COELCE que inexiste nexo de causalidade entre a conduta da parte ré e o dano, por conta de fato de terceiro.

Inconformada com o *decisum a quo*, a COELCE pugna, em sede de Apelação, a preliminar de nulidade da sentença, tendo em vista ausência de oitiva de testemunhas e de realização de perícia médica no autor. Sustenta, ademais, a força maior provocada por ato de terceiro e a inexistência de nexo causal. Aduz a ausência de responsabilidade em relação ao acidente ocorrido em propriedade privada e após ponto de entrega da energia. Acrescenta que houve culpa exclusiva da vítima, havendo, por conseguinte, a extinção do nexo causal, *e ad argumentandum tantum*, explicita a culpa concorrente. No que tange ao dano material, sustentou a parte apelante que inexistem lucros cessantes/pensionamento em razão da ausência de exercício de atividade remunerada. Ao final informou que inexiste dano que incapacite o autor para o ingresso no mercado de trabalho, pugnando pela declaração de nulidade da sentença, e, caso assim não se reconheça, espera o total provimento do apelo considerando indevida qualquer indenização a título de danos morais, em virtude da existência de força maior decorrente de ato de terceiro.

Em contrarrazões, reitera a parte apelada que restou evidente a negligência por parte da Companhia Energética do Ceará COELCE, uma vez que caberia a mesma exercer constante fiscalização das condições dos postes de sustentação dos fios e das linhas de transmissão de eletricidade. Pugna, ao final, pela manutenção integral da sentença.

Este é o relatório.

Ao douto revisor.

VOTO

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Ressalte-se, inicialmente, que antes de adentrar ao mérito, cumpre-me, em juízo de prelibação, verificar se foram preenchidos, no caso em tela, os pressupostos de admissibilidade.

A tempestividade do recurso de apelação está presente, uma vez que, este recurso foi protocolizado no prazo legal em 11 de julho de 2011, como se verifica na certidão de fls.206 dos autos. As fls.203, verifica-se a publicação da sentença em 27 de junho de 2011.

Há interesse recursal visto que este recurso é o meio necessário para a obtenção da pretensão recursal e a recorrente está em busca de uma situação mais favorável que a decorrente da decisão recorrida.

DA PRELIMINAR

- DO CERCEAMENTO DE DEFESA

Analisando os autos, verifica-se que a decisão recorrida assenta-se no fundamento dos danos moral, material e estético, com base na negligência por parte da Empresa COELCE, tendo em vista a omissão nas providências no sentido de fiscalizar as condições dos postes e linhas de transmissão, resultando no acidente da vítima W. R. P., menor impúbere (10 anos de idade na data do acidente), que teve amputados seu antebraço direito e dois dedos dos pés, conforme documentos que repousam à fl. 47 e 49 dos autos.

Alega a apelante, em sede preliminar que a sentença deve ser declarada nula, tendo em vista a ausência de oitiva das testemunhas arroladas e de realização de perícia médica no autor.Porém, *in casu*, houve a desconsideração, por parte do juízo *a quo*, de outras provas, inclusive pericial, evidenciando-se a conformação do julgador com as provas submetidas à análise constantes nos autos, estando o processo devidamente formalizado para sentença. *In casu*, restou translúcido nos autos, através da robustez das provas colacionadas aos autos, que o evento danoso causado à vítima menor (10 anos de idade à época do fato) ocorreu, gerando-lhe sequelas imensuráveis e irreversíveis, conforme os documentos que repousam às fls. 47 e 49 dos autos, tornando desnecessária a dilação probatória no aspecto pericial.

Conclui-se que a Ação Omissiva cometida pelo agente público, escapa do aspecto meramente técnico, tendo sido indicadas pelas partes todas as provas realmente fundamentais para a formação do convencimento do julgador, conforme os documentos presentes nos autos.

Transcrevo entendimento desta corte de justiça quanto ao Cerceamento de Defesa:

> "EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CHOQUE ELÉTRICO. PERDA DE MEMBROS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. DESERÇÃO DO APELO. INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA COELCE. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. VALOR MANTIDO. DANO MORAL E ESTÉTICO. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA.
> 1. Diante da mera insuficiência do valor do preparo por não incluir o porte de remessa e retorno, deve ser oportunizada à parte a complementação do pagamento. Precedentes do STJ.
> 2. Se da análise do mérito decorre o afastamento das preliminares alegadas, cujo exame foi postergado para o mérito, não há que se falar em falta de fundamentação.
> 3. O julgamento antecipado da lide, mesmo sem prévio anúncio, não implica, por si só, cerceamento de defesa, principalmente se a dilação probatória para oitiva de testemunhas não estivesse apta a modificar a decisão fundamentada em sólido e suficiente conjunto probatório.

4. O fato de o requerente não ser funcionário da COELCE não afasta a responsabilidade desta pelo acidente, pois a pretensão está assentada nos arts. 159 e 1.521, III do CC/1916, prescindindo, assim, de relação contratual para a responsabilização.
5. Além disso, embora no caso tenha sido demonstrada a culpa da concessionária de serviço público, ela responde objetivamente por força de dispositivo constitucional.
6. A indenização por dano material deve ser paga em forma de pensão, mantido o valor fixado no primeiro grau.
7. É possível a cumulação do dano moral com o dano estético, pois apesar de decorrerem do mesmo evento podem ser separadamente identificáveis. Precedentes do STJ.
8. O arbitramento do *quantum* do dano moral e estético deve considerar as consequências do acidente, a situação econômica das partes, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de evitar o enriquecimento sem causa do lesado, mas sem esquecer o caráter punitivo ao ofensor.
9. Recurso conhecido e parcialmente provido". (TJCE. PROCESSO Nº: 2003.0009.1294-3/017 RELATOR: DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. Data de Julgamento: 01 de agosto de 2009).

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. AGRAVO RETIDO. REQUERIMENTO DE PERÍCIA INDEFERIDO, VEZ QUE CONSIDERADO DESNECESSÁRIO E ANÚNCIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. VIABILIDADE. PODER GERAL DE CAUTELA DO JULGADOR. ALEGATIVA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. JUROS REMUNERATÓRIOS, MULTA CONTRATUAL, JUROS DE MORA SUPERIORES A 12% AO ANO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 30, STJ. PERMISSÃO DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS PARA CONTRATOS POSTERIORES A 31/03/2000 (MP Nº 2.170-36/2001), DESDE QUE PACTUADA. APLICAÇÃO DO CDC ÀS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SÚMULA 296, STJ. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO AFASTADA. CONDENAÇÃO EM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NÃO DEMONSTRADA A MÁ-FÉ DO BANCO. INVIABILIDADE. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DECAIMENTO DE PARCELA MÍNIMA DO PLEITO AUTORAL. ÔNUS ARCADOS PELO APELADO EM SUA INTEGRALIDADE.
Ao indeferir a dilação probatória e deliberar pelo julgamento antecipado da lide, agiu o douto jurisdicente no exercício do poder instrutório que lhe é concedido pelo art. 130, I, CPC. O poder geral cautelar permite ao magistrado avaliar a maturidade do processo para efeito de julgamento, de acordo com a existência ou não de elementos contundentes para a formação de seu convencimento. Não se verifica, pois, *in casu*, o invocado cerceamento de defesa. Diante da ausência de previsão contratual relativamente à capitalização mensal na espécie *sub examine*, há de ser permitida, tão somente, a incidência de capitalização na periodicidade anual; RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO." (TJCE. Apelação Cível n° 737272-45.2000.8.06.0001/1, Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes).

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO JUDICIAL DE CLÁUSULAS ABUSIVAS. DESNECESSIDADE DE DESPACHO SANEADOR E DE PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL. SENTENÇA VÁLIDA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR AOS CONTRATOS BANCÁRIOS. SÚMULA 297 DO STJ. EXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÕES ABUSIVAS NO CONTRATO EM ANÁLISE. ABUSIVIDADE DA CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS (ANATOCISMO) ANTE A AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DA COMISSÃO DE PERMANÊNCIA COM OUTROS ENCARGOS. SÚMULA 30 DO STJ. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO E RESTITUIÇÃO NA FORMA SIMPLES DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. CONDENAÇÃO RECIPROCA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.
> A ausência de prova pericial nas ações revisionais, não acarreta nulidade da sentença, tendo em vista que o magistrado, por força do artigo 330 do CPC, tem o poder-dever de julgar antecipadamente a lide ao constatar que o acervo documental acostado aos autos possui suficiente força probante para nortear e instruir seu entendimento.
> A jurisprudência é pacífica em reconhecer a possibilidade de aplicação das disposições do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, a fim de permitir a modificação judicial das cláusulas abusivas. Aplicação da Súmula 297 do STJ.
> A capitalização mensal de juros (anatocismo) poderá ser aplicada em contratos posteriores à publicação da Medida Provisória nº 1.963-17/200, desde que expressamente previsto pelas partes. No, como não se encontra previsto expressamente no contrato referida pactuação, deve ser a cobrança considerada abusiva.
> Será considerada abusiva a cláusula contratual que permitir a cumulação da comissão de permanência com outros encargos, como a correção monetária. Aplicação da Súmula 30 do STJ.
> Existindo abusividade nos encargos de mora e, sendo apurada a existência de saldo devedor, devem ser compensados os pagamentos a maior feitos no curso da contratualidade.
> Apelação conhecida e improvida". (TJCE. APELAÇÃO CÍVEL Nº 45451-62.2007.8.06.0001/1 Relator: Des. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE. Data do Julgamento: 14/09/2011)

Portanto, a irresignação da apelante no aspecto preliminar não merece prosperar. Ademais, restou informado no *decisum* recorrido que "não há questão preliminar ou questão prejudicial a ser apreciada, em face do que está autorizado o juízo a enfrentar o mérito da lide – na fase em que se encontra – isso porque os fatos são incontroversos, não havendo necessidade de produção de prova em audiência de instrução (art. 330, inciso II, do CPC)".

Com efeito, em destaque ao aforismo francês "*pas de nulitè sans grief*"(não há nulidade processual sem prejuízo) e à desejada celeridade processual, afasto a

preliminar de nulidade de sentença por cerceamento de defesa e passo ao exame do mérito.

MÉRITO

- DA FORÇA MAIOR PROVOCADA POR ATO DE TERCEIRO E DA INEXISTÊNCIA DE NEXO CAUSAL E AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA COELCE EM RELAÇÃO A ACIDENTE OCORRIDO EM PROPRIEDADE PRIVADA

Em sede meritória busca a parte apelante afastar a *existência do nexo causal* considerado no *decisum* recorrido, aduzindo que a causa do rebaixamento do condutor deu-se em decorrência de fato alheio à manutenção preventiva da parte suplicada, "haja vista a inconsequente ação da população local que retirou o cabo de sustentação causando a inclinação do poste e rebaixamento do fio, sendo, pois um caso próprio de força maior", segundo afirma a apelante.

O cerne da questão discutida gira em torno da responsabilidade civil, para que reste configurado o dever de indenizar. A ação indenizatória baseia-se nas alegações do autor, sustentando que se encontrava na companhia de amigos na localidade de Lagoa das Pedras, Irauçuba/CE, e ao passar em uma parede de açude sofreu um grave acidente decorrente de fios de energia de alta tensão que se encontrava ao seu alcance. Alega ter tido 30% por cento da superfície corporal queimada, amputando, consequentemente, o antebraço direito, e dois dedos dos pés. Acrescentou a negligência da Coelce, uma vez que não houve providências no sentido de fiscalizar as condições dos postes e das linhas de transmissão, e, por conseguinte, responsabilidade civil objetiva por se tratar de concessionária prestadora de serviços públicos.

Inexiste razão para a modificação do *decisum* ora apelado, posto que prolatado em perfeita consonância com os padrões da jurisprudência pátria, atendendo aos princípios basilares do direito. Fundamental a transcrição de trecho da sentença, *in verbis*:

> "O sinistro, segundo os fatos narrados na exordial, decorreu da negligência da parte ré COELCE, que não adotou providências no sentido de fiscalizar as condições dos postes e das linhas de transmissão.
> Aponta-se, portanto, uma conduta omissiva causadora de dano. A parte ré é pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, sob regime de concessão (artigo 175 da CF), daí porque a responsabilização do concessionário pelos prejuízos causados a usuários, ou não usuários, dos serviços deve ser apreciada sob a mesma ótica da responsabilidade civil do Estado.
> Colhe-se da narrativa da exordial, fato que restou incontroverso, que William Rodrigues Pereira, por conta do sinistro, teve amputados seu antebraço direito e dois dedos dos pés. A cópia de fotografia que repousa

> nos autos à fls. 40, espanca quaisquer dúvidas acerca da amputação do antebraço.
> De qualquer forma, como já ressaltado, não pairam dúvidas de que Willian Rodrigues Pereira teve amputado, por conta do sinistro, o antebraço direito (cópia de fotografia de fls. 40). Trata-se de dano grave, de ordem psicológica, com repercussões para toda a vida. A alteração da formação morfológica decorrente do acidente, por óbvio, agride a visão, causando desagrado e repulsa do próprio corpo.
> Não há como e afastar o entendimento de que doravante, a cada dia, Willian Rodrigues Pereira, ao dar conta do aleijão, sentirá dor e sofrimento, relembrando reiteradamente o acidente de que foi vítima (sofrimento psíquico). Por outro lado, a visibilidade do aleijão ensejará repulsa de terceiros, o que também causará transtornos em William, que terá a cada dia de lidar com a repulsa oriunda das consequências irremediáveis do sinistro.
> A aflição psíquica que suportará Willian decorrerá, portanto, tanto de sua apreciação do corpo, quanto da reação, ainda que involuntária, das pessoas que manterão contato com ele. O caso concreto impõe que a indenização contemple duas finalidades: atenuar o infortúnio sofrido e punir o ofensor, inibindo a repetição de descasos semelhantes.
> (…) Ante o exposto, e por tudo que dos autos consta, julgo procedente a pretensão autoral, com o que: condeno a Companhia Energética (COELCE) a pagar, a título de reparação de danos morais, o valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais), acrescido de correção monetária, a partir da data da sentença, e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso;
> Condeno a COELCE a pagar , a título de reparação de danos materiais, pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte ao que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade;
> Condeno a COELCE a pagar custas processuais e honorários advocatícios, esses fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação (artigo 20, parágrafo 3º, do CPC)".

No caso dos autos, tem-se que considerar que, conforme os documentos anexados aos autos, tornam-se evidentes, os transtornos físicos, estéticos e psicológicos sofridos pela parte apelada. As provas colacionadas pelo autor foram essenciais para a formação do convencimento do julgador, tendo o agente público falhado no seu dever de proteção ao ente individual. É evidente que ao não garantir a adequada manutenção da rede elétrica, bem como ao não providenciar a instalação de um sistema de segurança verdadeiramente eficaz, estando ausentes causas excludentes de responsabilidade, conclusão inexorável é que a demandada deu causa ao evento noticiado nos autos, emergindo o dever de reparar os danos que resultaram no acidente ao autor. Dúvida não existe do nexo entre o acidente e os danos sofridos pelo autor e nem da responsabilidade civil, por força de norma constitucional, repita-se, da promovida, não aproveitando em seu favor a alegativa de que o acidente fora evidenciado em propriedade privada ou mesmo as sustentações de força maior provocada por ato de terceiro e a inexistência de nexo causal.

O nexo existe de forma translúcida, não havendo a culpa da vítima, o que torna inquestionável a responsabilidade objetiva da prestadora de serviço público.

No que tange ao nexo causal merecem destaques as jurisprudências a seguir colacionadas dos Tribunais Pátrios Brasileiros, *in verbis*:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CHOQUE ELÉTRICO. LESÕES CORPORAIS EM MENOR. DANO MORAL. DANO MATERIAL E DANO ESTÉTICO. CONDENAÇÃO DO DENUNCIANTE AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.
> Comprovado o nexo causal entre o evento danoso e a negligência e imprudência da requerida que, por intermédio de seus prepostos, não utilizou da devida segurança ao fornecer o serviços. já que a rede de energia elétrica encontra-se muito próxima à sacada onde se encontrava a autora. presente o dever de indenizar. Não há falar em culpa vigilando, diante da inexistência de prova de que os responsáveis pela autora faltaram com a atenção e cuidados esperados.
> DANO ESTÉTICO. É entendimento desta Corte que é perfeitamente possível a cumulação de pedidos de danos morais com dano estético, já que as conseqüência advindas destas espécies de danos são distintas e identificáveis. Dano moral causado à vítima de choque elétrico. Dano estético evidenciado pela presença de cicatriz no braço e abdômen da autora, deformidade que, indubitavelmente causa desgosto, complexo e abalo a autoestima.
> DANO MORAL. O dano moral está caracterizado pela inegável dor e sofrimento suportados pela menor, de apenas 9 anos, que se submeteu a tratamento médico e hospitalar para tratamento das queimaduras.
> DENUNCIAÇÃO DA LIDE. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. Sendo julgada procedentes a ação de indenização e havendo cobertura securitária, há de se reconhecer a responsabilidade do denunciado, nos termos do contrato, a quem incumbe suportar os ônus da sucumbência decorrente da denunciação da lide. PRELIMINAR REJEITADA . PRIMEIRA APELO PARCIALMENTE PROVIDO. SEGUNDO APELO PROVIDO" (Apelação Cível nº 70019094820, Sexta Câmara Cível ,Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador: Liege Puricelli Pires , Julgado em 14/08/2008).

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. QUEDA DE CABO DE ALTA TENSÃO. CHOQUE ELÉTRICO. TRAUMA. COMPROMETIMENTO DA ELETROGÊNESE CEREBRAL. DANOS MORAIS RESPONSABILIDADE DA CONCESSIONÁRIA DE ENERGIA ELETRICA.. *QUANTUM* INDENIZATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA DA CÂMARA.
> A responsabilidade de empresa concessionária de serviço público de fornecimento de energia elétrica é de natureza objetiva calcada no risco administrativo, o qual exige, para sua configuração, a ação ou omissão da empresa, a prova do dano e o nexo causal entre ambos. O dever de fiscalizar as condições dos postes de sustentação dos fios e das linhas de transmissão de eletricidade é da concessionária de energia elétrica. Cumpre-lhe todas

> as cautelas necessárias para eliminar qualquer perigo decorrente do serviço prestado para a coletividade. Se a empresa não atende as exigências quanto à conservação dos fios e deixa de verificar a presença de objetos estranhos sobre a rede de distribuição externa, a responsabilidade por infortúnio ocorrido com pessoa que trafegue sob suas linhas é sua. O autor sofreu trauma que comprometeu a eletrogênese cerebral, com crises convulsivas, e, por via de conseqüência, passou a necessitar de acompanhamento neurológico periódico. O acidente foi provocado pela ruptura de um cabo da rede de energia elétrica que caiu sobre a vitima, no momento em que caminhava pela via pública. Sendo da concessionária a responsabilidade pela prestação e manutenção do serviço, deve esta indenizar os danos morais causados à vítima, se o infortúnio se deu por falha na manutenção. Segundo a jurisprudência da Câmara, para casos similares ao dos autos, o montante de 250 salários mínimos nacionais é suficiente para indenizar os danos morais. Assim, mantém-se o *quantum* indenizatório de 250 salários mínimos fixados na sentença. NEGARAM PROVIMENTO AO APELO". (Apelação Cível Nº 70006451579, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS. Relator Desembargador: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 22/03/2006).

Pelos ensinamentos do mestre Alvino Lima**,** citando Stoco, tem-se, *in verbis*:

> "Em matéria de acidentes de eletricidade, nos quais a comprovação da culpa da empresa é difícil senão impossível, compete à vitima provar tão somente o dano produzido pela coisa imanada (...). Nos casos das instalações elétricas de distribuição, constituindo uma rede extensa que não pode ser fiscalizada perfeitamente, os acidentes decorrentes do fato da coisa, como seja a ruptura de um fio que atinge a vítima, correm sob a responsabilidade da empresa...".(Alvino Lima *apud* Rui Stoco. Tratado de Responsabilidade Cível . 6. ed. São Paulo : Revista dos Tribunais , 2004,p 1112).

Rui Stocco leciona:

> "(…) para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjunção dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem". (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed. Rev. São Paulo: RT, 1995. P. 49)."

Inexistente, *in casu*, a alegada culpa exclusiva da vítima, quando mesmo, referida sustentação de culpabilidade não merece ser nem mesmo concorrente, não devendo prosperar, a hipotética sustentação da apelante de que a vítima contribuiu para a consecução do acidente, em razão de ter evidenciado esforço para alcançar o fio energizado de forma proposital.

Merece destaque, que, não pode prosperar o destaque do apelo quanto à culpa concorrente, em vista que caso o referido fio condutor da energia elétrica não

estivesse presente jamais haveria ocorrido o resultado impactante sobre a vítima, com a dor excessiva nos aspectos físicos, estéticos, e a imensurável dor sentimental. Afasta-se pois, o transcrito depoimento testemunhal utilizado no apelo informando a suposta contribuição da vítima para o ocorrido.

Destaque-se o *decisum a quo* no momento em que referencia tal aspecto, apropriadamente, *in verbis*: "*Tais manifestações me convencem de que o sinistro foi causado pelo fato de o fio se encontrar em altura inadequada, aliado ao fato de que Willian Rodrigues, sem sopesar os perigos que corria, por conta de sua pouca idade, pegou no fio de alta tensão. No caso concreto, preponderou a culpa da COELCE, até porque da vítima que na época do fato tinha pouco mais de 10 (dez) anos, sendo, portanto, absolutamente incapaz, não se podia exigir o cuidado e a apreciação de perigo como se um adulto fosse".*

DA VERBA INDENIZATÓRIA

DO DANO MORAL

No apelo sustenta a parte recorrente que o valor arbitrado em R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) ENCONTRA-SE SUPERESTIMADO "representando notório enriquecimento ilícito da parte apelada".

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RESP. 447.584/RJ, Relator Ministro Cezar Peluso (DJ de 16.3.2007), acolheu a proteção ao dano moral como verdadeira "*tutela constitucional da dignidade humana*", considerando-a um "*autêntico direito à integridade ou à incolumidade moral, pertencentes à classe dos direitos absolutos*".

No Julgamento do RESP. 612.108/PR (1ª Turma, DJ de 3.11.2004), restou bem delineado pelo Ministro Luis Fux, que "*deflui da Constituição Federal que a dignidade da pessoa humana é premissa inarredável de qualquer sistema de direito que afirme a existência, no seu corpo de normas, dos denominados direitos fundamentais e os efetive em nome da promessa da inafastabilidade da jurisdição, marcando a relação umbilical entre os direitos humanos e o direito processual*".

Quanto ao pedido de minoração dos danos morais, aventado pela apelante, cabe, ao prudente arbítrio do julgador estipular equitativamente o montante devido, mediante análise das circunstâncias do caso concreto, e segundo os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Ressalte-se que para a fixação da indenização, deve-se ter em mente que esta não pode servir de enriquecimento sem causa. Devem-se considerar, ainda, para fins de sua quantificação, circunstâncias tais como: as condições econômicas da vítima e do ofensor e os prejuízos morais sofridos.

O valor adequado é aquele que, de um lado, compense o constrangimento indevido imposto a vítima e, de outro, desestimule o ofensor na prática de atos semelhantes.

A presença de dano moral no presente caso, portanto, é inegável, conforme demonstrado, sendo o valor arbitrado justo, face às circunstâncias do caso concreto e conforme a jurisprudência unânime desta Corte de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça, conforme ementas adiante transcritas.

Isto posto, entendo que o valor de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) arbitrado pelo juiz singular, mostra-se razoável e consentâneo com os parâmetros e objetivos citados, a saber: a capacidade econômica do ofensor e da vítima, as circunstâncias do caso concreto, e, finalmente, a observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, razão pela qual não se justifica sua redução.

DO DANO MATERIAL – INEXISTÊNCIA DE LUCROS CESSANTES/PENSIONAMENTO – DA AUSÊNCIA DE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE REMUNERADA.

No que tange ao aspecto do dano material, levantado igualmente em sede de apelação, merece a transcrição do *decisum* quanto a este momento:

> (…) Provado o dano material, exsurge o dever de indenizar, o qual, tratando-se de reparação de dano com perda, ou redução, de capacidade laborativa, pode se efetivar mediante pagamento de pensão mensal. (…) A obrigação de pagar pensão é devida a partir da data em que a vítima completar 14 (quatorze) anos de idade; nos termos constitucionais, é vedado o exercício de qualquer trabalho aos menores de 14 (quatorze) anos, ainda que na condição de aprendiz (art. 7º, inciso XXXIII); o mandamento constitucional é parâmetro razoável para a fixação do termo inicial da obrigação".

Em sede apelatória sustentou a apelante que não houve a comprovação de exercício de atividade remunerada pelo autor, aduzindo não haver razão para se deferir qualquer indenização a título de lucros cessantes/pensionamento a seu favor.

Em relação à duração do pensionamento, adoto como razões de decidir o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Fernando Gonçalves, no julgamento do Resp 761265/RJ (DJe 10/06/2010):

> "A jurisprudência desta Corte admite a estipulação de pensão em favor daquele que experimenta redução de sua capacidade laborativa, ainda que, no momento do acidente, não exerça atividade remunerada por ser menor, valores devidos a partir da data em que a vítima completa quatorze anos".
>
> "EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO DE MENOR IMPÚBERE. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO. PAGAMENTO. TERMO INICIAL. 14 ANOS. HONORÁRIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ.
> 1. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça fixou como termo

inicial para o pagamento da pensão a data em que a vítima, menor de idade ao tempo do acidente, vier a completar 14 (catorze) anos de idade. Recurso especial parcialmente provido.(REsp 628.522/ RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Quarta Turma, DJ 25/02/2008)

"RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO MENOR IMPÚBERE QUE SOFREU AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR E OUTRAS SEQÜELAS. REDUÇÃO DA CAPACIDADE PARA O TRABALHO. PENSÃO DEVIDA. É devido o pensionamento vitalício pela diminuição da capacidade laborativa decorrente das seqüelas irreversíveis, conquanto a vítima, menor impúbere, não exercesse atividade remunerada à época do acidente. Recurso especial conhecido e provido. (STJ. REsp 126.798/ MG, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, DJ 04/02/2002 p. 365)".

"EMENTA: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ACIDENTE DE TRÂNSITO CAUSADO POR AGENTE DO ESTADO. MENOR. PARAPLEGIA E AMPUTAÇÃO DO MEMBRO INFERIOR DIREITO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. TERMO INICIAL. DATA DA APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO *AD QUEM*. PENSÃO VITALÍCIA. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL GARANTIDOR. DESNECESSIDADE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. VALOR IRRISÓRIO DADA A GRAVIDADE DAS LESÕES. MAJORAÇÃO. POSSIBILIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM 5% SOBRE O VALOR DA CONDENAÇÃO.

Hipótese em que Willian Coelho ajuizou ação indenizatória em face da Fazenda do Estado de São Paulo, tendo em vista que, em 11.5.1998, foi vítima de acidente automobilístico envolvendo viatura da Polícia Militar do Estado de São Paulo conduzida por agente da ré, causador do dano. Do referido sinistro resultaram graves e irreversíveis lesões para o recorrente, que, entre outros gravames, sofreu paraplegia e amputação do membro inferior direito, razão por que postula o deferimento de indenização por dano material, consubstanciada em pensionamento mensal, bem como a majoração da indenização por dano moral.

Diversamente do benefício previdenciário que o recorrente já recebe, a indenização de cunho civil tem por objetivo não apenas o ressarcimento de ordem econômica, mas, igualmente, o de compensar a vítima pela lesão física causada pelo ato ilícito do agente do Estado que reduziu sua capacidade laboral em caráter definitivo, tornando-lhe mais difícil a busca por melhores condições de remuneração no mercado de trabalho, já que não mais poderá exercer a função anteriormente desempenhada bem assim a execução de qualquer outra atividade laboral demandará maior sacrifício em face das seqüelas permanentes, o que há de ser compensado pelo pagamento de uma pensão mensal a ser arcada pela recorrida. Precedentes: Resp 712.293/RJ, Rel. Ministro Castro Filho, DJ 4/12/2006 e Resp 126.798/ MG, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, DJ de 4/2/2002.

Dadas as peculiaridades do caso e a atividade anteriormente exercida, é de ser fixada, em desfavor da Fazenda Estadual, pensão mensal em valor

> equivalente a um salário mínimo, a ser concedido a partir do deferimento da aposentadoria por invalidez, incluindo-se as verbas referentes ao décimo terceiro salário e às férias. Precedente: REsp 811.193/GO, Rel. Ministro Jorge Scartezzini, Quarta Turma, DJ 6/11/2006).
> Quanto ao termo *ad quem*, tendo em vista ser a própria vítima quem reclama o pensionamento, e, levando-se em conta que a sua lesão, embora parcial, é, acompanhando-o até o fim dos seus dias, a pensão deve ser vitalícia.
> Mostra-se desnecessária a constituição de capital garantidor, tendo em vista ser a Fazenda Pública a demandada. Entretanto, deve incluir o nome do autor em sua folha de pagamento.
> A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de ser possível a intervenção desta Corte para aumentar o valor indenizatório nos casos em que o *quantum* pelo acórdão recorrido se mostre irrisório, sob pena de malferir o art. 159 do CC/1916 (arts. 186 e 944 do CC/2002). Precedente: REsp 819.202/PE, Rel.Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 22/9/2008.
> O Juízo monocrático, atento aos fatos da causa, fixou o valor da indenização por dano moral em R$ 100.000,00 (cem mil reais), com correção monetária a partir de sua fixação naquela instância e juros de mora de 6% (seis por cento) ao ano, a fluir desde a data do fato, nos termos do art. 962 do Código Civil, patamar que reputo razoável, pois, embora não sirva para reparar de todo o dano, é meio idôneo para minorar a dor e o sofrimento suportado pela vítima, bem como servir de medida educativa para o agente causador do infortúnio.
> Não assiste razão ao recorrente quanto à alegada violação do art. 1.548 do Código Civil de 1916, afinal, como bem considerou o Juízo monocrático, a verba de dote não é cabível na hipótese dos autos, porquanto era devida exclusivamente em favor da mulher em condições de se casar.
> Considerando-se a sucumbência mínima da parte autora, deve a Fazenda Estadual arcar com a totalidade do pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, ora fixados em 5% sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, §4º, do Código de Processo Civil. Recurso especial parcialmente provido". (STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.168.831 - SP (2009/0234650-8). RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES)

Esta Corte de Justiça também já decidiu de forma reiterada caso similar ao presente caso, assim ementado:

> "EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO. ATROPELAMENTO.
> 1."Ao juiz cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgá-la conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com seu livre convencimento (CPC, art. 131)". Precedentes do STJ.
> "O pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico sistemática da petição inicial" (REsp 233446/RJ, Relator Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, 4ª TURMA, DJ: 07/05/2001, p. 145).
> 2."A companhia ferroviária tem o dever de cuidado e conservação de cercas e muros que ergue ao longo das linhas férreas, não podendo permitir

o uso de passagem clandestina pelos moradores próximos da estrada. Precedentes" (STJ. REsp 480357/SP, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, DJ 15/09/2003). É devida indenização por dano material a vítima de família de baixa renda, em decorrência de incapacidade laborativa permanente resultante de atropelamento, independentemente do exercício de atividade remunerada. Nesses casos, porém, o termo inicial da pensão conta-se dos quatorze anos. Precedentes do STJ. Os principais critérios para arbitramento de indenização por dano moral são prudência, moderação, equidade, as condições do réu em suportar o encargo, caráter pedagógico punitivo e não aceitação do dano como fonte indevida de riqueza. Variações podem surgir conforme as circunstâncias fáticas do evento danoso. A apelada tinha 8 (oito) anos de idade ao tempo do acidente que lhe causou amputação das duas pernas, ceifando-lhe a plenitude daqueles que costumam ser os melhores anos da vida (infância e adolescência). Convive com deformidade permanente e suportará o ônus de depender de outras pessoas para se deslocar durante toda a vida. Indenização, por danos morais, arbitrada em R$120.000,00 (cento e vinte mil reais). Sentença parcialmente reformada. (Apelação cível 59781200480601641. Des. Relator: LINCOLN TAVARES DANTAS. 4ª Câmara Cível. Julgado em: 17/09/2010)

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATROPELAMENTO DE PEDESTRE POR VIATURA POLICIAL MILITAR. AMPUTAÇÃO DE MEMBRO INFERIOR ESQUERDO, COM CONSEQUENTE LESÃO CORPORAL PERMANENTE. COMPROVAÇÃO, NOS AUTOS, DO DANO E DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A AÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO E AS LESÕES GERADAS À VÍTIMA. APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO.RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. CF, ART. 37, §6º. DANO MORAL. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE TELECOMUNICAÇÕES QUE LIMITA O VALOR DA REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. RAZOABILIDADE DO *QUANTUM* REPARATÓRIO ARBITRADO PELA INSTÂNCIA *A QUO*. DANOS MATERIAIS. COMPROVAÇÃO DE QUE A PARTE TEVE REDUZIDA A SUA CAPACIDADE LABORAL. FIXAÇÃO DE PENSÃO MENSAL VITALÍCIA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO. APLICAÇÃO DO ART. 1.539, DO CC/1916 (ATUAL ART. 950, DO CC/2002). SÚMULA Nº. 490, DO C. STF. SENTENÇA CONFIRMADA. Procede o dever de indenizar, pelos danos morais e materiais suportados, o pedestre que, atravessando avenida para pegar um ônibus, é atropelado por veículo oficial, motocicleta dirigida por policial militar, que, na ocasião, não tomou todos os cuidados e precauções devidos. Nessas hipóteses, a jurisprudência pátria entende ser dever do motorista ter atenção para com os transeuntes, que tentam atravessar ruas e avenidas, devendo sempre manter velocidade e cuidados compatíveis com o local e horário da ocorrência. Comprovados o dano e o nexo de causalidade entre as lesões sofridas pela vítima de atropelamento e a ação do agente público, é dever do Estado reparar os danos causados pelo servidor público, no exercício de suas

funções, nos moldes da teoria do risco administrativo, da qual emana a responsabilidade civil objetiva do Estado (CF, art. 37, § 6º). É inaplicável o Código de Telecomunicações em ações de indenização alheias às hipóteses previstas nesse regramento legal. Precedente do Eg. STJ. Ao fixar o valor da reparação por dano moral, deve o órgão julgador ter em conta as condições do ofendido e do ofensor e o bem jurídico lesado. A reparação deve proporcionar à vítima satisfação na justa medida do abalo sofrido, sem enriquecimento indevido, produzindo no infrator impacto suficiente para dissuadi-lo de igual e semelhante atentado. Tem-se como razoável o *quantum* reparatório arbitrado pela d. instância monocrática, fixado em R$50.000,00 (Cinquenta mil reais). Comprovado que o autor da ação, em decorrência do atropelamento sofrido, não pode mais exercer o seu ofício laboral, em razão da deformidade permanente, deve ser fixada, a título de indenização por danos materiais, uma pensão mensal vitalícia, mostrando-se razoável, no caso, o seu arbitramento em um salário-mínimo. Inteligência do art. 1.539 do Código Civil de 1916 (atual art. 950, CC/2002), bem como da Súmula nº. 490, do C. Supremo Tribunal Federal. Remessa Oficial e Apelação conhecidas e improvidas. (TJCE. Apelação cível 59908472200080600011. Des. Relator: RAUL ARAÚJO FILHO. Julgado em 06/2009)

"EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL. CHOQUE ELÉTRICO. PERDA DE MEMBROS. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS, MORAIS E ESTÉTICOS. DESERÇÃO DO APELO. INOCORRÊNCIA. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADAS. LEGITIMIDADE PASSIVA DA COELCE. DANO MATERIAL. PENSIONAMENTO. VALOR MANTIDO. DANO MORAL E ESTÉTICO. REDUÇÃO DO *QUANTUM*. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. 1. Diante da mera insuficiência do valor do preparo por não incluir o porte de remessa e retorno, deve ser oportunizada à parte a complementação do pagamento. Precedentes do STJ. 2. Se da análise do mérito decorre o afastamento das preliminares alegadas, cujo exame foi postergado para o mérito, não há que se falar em falta de fundamentação. O julgamento antecipado da lide, mesmo sem prévio anúncio, não implica, por si só, cerceamento de defesa, principalmente se a dilação probatória para oitiva de testemunhas não estivesse apta a modificar a decisão fundamentada em sólido e suficiente conjunto probatório. O fato de o requerente não ser funcionário da COELCE não a responsabilidade desta pelo acidente, pois a pretensão indenizatória está assentada nos arts. 159 e 1.521, III do CC/1916, prescindindo, assim, de relação contratual para a responsabilização. 5. Além disso, embora no caso tenha sido demonstrada a culpa da concessionária de serviço público, ela responde objetivamente por força de dispositivo constitucional. 6. A indenização por dano material deve ser paga em forma de pensão, mantido o valor fixado no primeiro grau. 7. É possível a cumulação do dano moral com o dano estético, pois apesar de decorrerem do mesmo evento podem ser separadamente identificáveis. Precedentes do STJ. 8. O arbitramento do *quantum* do dano moral e estético deve considerar as consequências do acidente, a situação econômica das partes, os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além de evitar o enriquecimento sem causa do lesado, mas sem esquecer o caráter punitivo ao ofensor. 9. Recurso conhecido e

parcialmente provido. (TJCE. PROCESSO Nº: 2003.0009.1294-3/0. Des. Relator: ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. Julgado em agosto de 2009.

Neste sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

"EMENTA: DIREITO CIVIL. DANOS MATERIAL, MORAL E ESTÉTICO. RAPAZ DE 19 ANOS QUE, NA VARANDA DE UMA BOATE, AO SE DEBRUÇAR PARA BRINCAR COM UM AMIGO QUE SE ENCONTRAVA NA RUA, INADVERTIDAMENTE TOCA EM TRANSFORMADOR DE ALTA TENSÃO MAL INSTALADO EM POSTE VIZINHO. CHOQUE ELÉTRICO DE ALTA INTENSIDADE, DO QUAL DECORRE QUEIMADURA EM TRINTA POR CENTO DE SEU CORPO, ALÉM DA AMPUTAÇÃO DE SEU BRAÇO DIREITO E PERDA DA GENITÁLIA. AÇÃO PROPOSTA EM FACE DA BOATE, DA COMPANHIA DE ENERGIA ELÉTRICA E DO PROPRIETÁRIO DO TRANSFORMADOR MAL INSTALADO. CONDENAÇÃO MANTIDA EM FACE DOS TRÊS RÉUS. - *Omissis*. - Não existe ilegalidade ou cerceamento de defesa na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo, considera desnecessário o ingresso na fase de instrução processual. Revisão da matéria que esbarra no óbice da Súmula 7/STJ. - *Omissis*. - É possível a cumulação de dano estético e dano moral. Precedentes. (destaquei) - *Omissis*.
- Na esteira de precedente da 3ª Turma do STJ, a dor decorrente da perda de um ente querido diferencia-se da dor sofrida pela própria vitima de um acidente grave. Não é desarrazoado dizer que uma pessoa que carrega sequelas graves, pelo resto de sua vida, como é o caso da perda de um braço e da genitália, para um jovem de 19 anos, sofre abalo maior que a pessoa que perde um ente querido. Os precedentes do STJ que limitam a indenização por dano moral nas hipóteses de morte não justificam a limitação de indenizações para reparar eventos tão graves como os que estão discutidos neste processo. - Não é exagerada a indenização de R$ 400.000,00 para reparação do dano estético, mais R$ 800.000,00 para reparação do dano moral, na hipótese em que a vitima, com apenas 19 anos de idade, sofre queimaduras de terceiro grau em 30% de seu corpo, mais a amputação do braço direito e da genitália, em acidente que poderia ser perfeitamente evitável caso qualquer um dos três réus tivesse agido de maneira prudente. Recursos especiais não conhecidos. (STJ. REsp 1011437/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJe 05/08/2008).

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRACONTRATUAL DO ESTADO. ERRO MÉDICO. VÍTIMA TETRAPLÉGICA EM ESTADO VEGETATIVO. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO. REDUÇÃO NÃO-AUTORIZADA. VALOR RAZOÁVEL. DESPROVIMENTO.
1. O STJ consolidou orientação de que a revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância

> arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Excepcionalidade não configurada. 2. Considerando as circunstâncias do caso concreto, as condições econômicas das partes e a finalidade da reparação, a indenização por danos morais de R$ 360.000,00 não é exorbitante nem desproporcional aos danos sofridos pela agravada, que ficou tetraplégica e, atualmente, encontra-se em estado vegetativo, em razão de encefalopatia provocada por erro médico em hospital da rede pública. Ao contrário, os valores foram arbitrados com bom senso, dentro dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Agravo regimental desprovido". (STJ. AgRg no Ag 853854/RJ. Ministra Denise Arruda, 1ª Turma, julgado em 05/06/2007).

Isto posto, entendo que deve ser mantida a condenação da COELCE a pagar a título de reparação de danos materiais, pensão mensal vitalícia no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte ao que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade arbitrado pelo juiz singular, mostrando-se razoável e consentâneo com os parâmetros e objetivos citados.

DO TERMO *A QUO* PARA INCIDÊNCIA DOS JUROS DE MORA E CORREÇÃO MONETÁRIA

Evidente, i*n casu*, que não houve equívoco por parte do juízo *a quo* quanto à estipulação do termo *a quo* para a incidência dos juros de mora, sendo fixados a partir do evento danoso, conforme a Súmula 54 do STJ: "Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual".

merece ser confirmado o *decisum* no que refere à correção monetária, estipulada a partir da data da sentença, conforme o entendimento da Súmula 362 do STJ: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento".

Do mesmo modo já entendeu este sodalício:

> "Considerando os valores que este Sodalício tem aplicado para os casos semelhantes, reputo adequado o valor arbitrado na sentença combatida, razão pela qual conheço do recurso, no entanto, para negar-lhe provimento, mantendo a condenação imposta pela decisão *a quo* no valor correspondente a 10 (dez) salários mínimos à época da publicação da sentença (17 de setembro de 2007), isto é, R$ 3.800,00 (três mil e oitocentos reais), corrigidos monetariamente pelo INPC desde o arbitramento, nos termos da Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça e acrescidos de juros moratórios no percentual de 1% (um por cento) ao mês a partir da data da ocorrência do fato ensejador do prejuízo, conforme dispõe a Súmula 54, também, do STJ. (TJCE. APELAÇÃO CÍVEL Nº: 1579 34.2005.8.06.0173/1 RELATORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA)

Desta forma, compulsando-se aos autos, e em consonância com o *decisum a quo*, verifica-se de modo incontroverso, o dano moral causado à vítima apelada, o que atribui à COELCE o dever de indenizar. Diante do exposto, CONHEÇO DA APELAÇÃO, mas para negar-lhe provimento, mantendo todos os termos da sentença recorrida, que condenou A COELCE no pagamento do *quantum* indenizatório no valor de R$ 170.000,00 (CENTO E SETENTA) mil reais, acrescido de correção monetária a partir da data da sentença e de juros moratórios de 1% (um por cento) ao mês, a partir do evento danoso. Mantida, ademais, a condenação a título de reparação por dano material, em pensão mensal vitalícia, no valor de um salário mínimo, a partir do mês seguinte ao que a parte autora completar 14 (quatorze) anos de idade. No que se refere aos honorários advocatícios, entendo que foram eles fixados com fundamento nos critérios impostos pela lei processual vigente (art. 20, §§3º e 4º, do CPC), razão pela qual nenhuma correção há que ser feita, inexistindo *in casu* a hipótese de sucumbência recíproca.

É como voto.

Fortaleza, 2 de novembro de 2011

PROCESSO Nº 0012920-55.2000.8.06.0101/1.
NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ESPÓLIOS DE CARLOS CAMERINO DE SOUSA E HAYDÉE ARAÚJO DE SOUSA REPRESENTADOS POR JOSÉ CARLOS DE SOUSA.
APELADOS: ROBERTO MONTENEGRO DE SOUSA BRAGA E ANA MARIA VIEIRA BRAGA.
AÇÃO DE ORIGEM: USUCAPIÃO.
LOCAL DE ORIGEM: 1ª VARA DA COMARCA DE ITAPIPOCA – CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. POSSE. INEXISTÊNCIA. INCIDENTE DECLARATÓRIO DE COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA. IMÓVEIS DISTINTOS - NÃO COMPROVAÇÃO PELA ANÁLISE DA PERÍCIA. ADMINISTRAÇÃO DO IMÓVEL - TOLERÂNCIA. ESCRITURA DE COMODATO QUE NÃO INDUZ POSSE. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA PRESCRIÇÃO AQUISITIVA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Trata-se de ação de usucapião para aquisição do domínio do imóvel denominado "Fazendinha", cujo deslinde crucial é comprovar sua distinção para com o sítio "Recreação", na comarca de Itapipoca.

2. Laudo pericial sem impugnação constitui elemento primordial para firmar convicção do magistrado acerca da distinção entre imóveis que se pretende usucapir.

3. A prescrição aquisitiva se sujeita à presença dos requisitos necessários para seu reconhecimento, quais sejam, o tempo e a posse, com efetiva comprovação da aquisição contínua, mansa e pacífica, além do elemento subjetivo "animus domini".

4. Atos voluntários que demonstram o reconhecimento da propriedade, como o comodato ou ação de preferência para aquisição do imóvel que pretendem usucapir, ensejam a inviabilidade da prescrição aquisitiva por caracterizarem posse a cunho precário, inservível para pretensão de aquisição do domínio. Precedentes.

5. A qualidade de simples administrador do imóvel caracteriza a prática de atos de permissão ou mera tolerância do verdadeiro possuidor. Precedentes. APELO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0012920-55.2000.8.06.0101/1, em que figuram as partes retro indicadas,

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

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelos espólios do casal Carlos Camerino de Sousa e Haydée Araújo de Sousa, representados por José Carlos de Sousa, contra sentença exarada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Itapipoca - Ceará, em ação de Usucapião que os apelantes promoveram contra os apelados – fls. 886/903.

Quanto aos fatos, pretendem os espólios apelantes usucapir parte das terras denominadas "Fazendinha" no município de Itapipoca – Ceará, constituída de 44,94 hectares, alegando a ocorrência da posse.

Informam os apelantes que a gleba de sua posse se originou no sítio "Recreação", este doado à Maria Donizete Krans e, posteriormente, vendido aos apelados, o qual possui limitações com a área que pretendem usucapir ocupando 0,47 hectares.

Procedida a audiência de justificação, mas antes que fosse emitida decisão sobre a posse, os apelados interpuseram "Declaração Incidental de Coisa Julgada", alegando que a gleba pretendida se confunde com o sítio "Recreação", cujo pedido anterior de usucapião já fora julgado e confirmado em segunda instância – fls. 71/74.

O indeferimento da "Declaração Incidental" gerou recurso a esta Corte, no qual foi desconstituída a sentença e determinada a tramitação do incidente – fls. 228/236.

Em continuidade, se deu a instrução do incidente para coleta das provas, dentre as quais se destacam a ouvida de testemunhas em audiência de justificação (fls. 58/69); a realização da perícia (laudo do perito à fl. 297 e laudo do assistente à fl. 301); esclarecimentos do perito (fls. 349 e 478); depoimento pessoal (fls. 604/606); depoimento de testemunhas (fls. 675/678).

Durante a tramitação do incidente, foi interposta Representação contra o tabelião local junto à Corregedoria Geral de Justiça, cuja decisão determinou o cancelamento da matrícula nº 1.962 do Registro de Imóveis, na qual consta que Maria Donizete Krans vendeu o imóvel questionado aos apelados – vide fls. 394/400 e fls. 434 e 441.

Encerrada a instrução (fl. 715) sem ouvida das testemunhas dos promovidos, aqui apelados, mediante despacho, cujo recurso não foi acolhido por esta Corte (fls. 838/841 e fls. 873/877).

Memoriais finais fls. 720/725 e fl. 726.

A sentença atacada decidiu pela procedência do pedido incidental, declarando inexistente o direito à usucapião por parte dos espólios apelantes, acatando a tese defendida pelo nobre representante do Ministério Público (fls. 801/804) acerca da ocorrência da coisa julgada – fls. 805/816.

Alegando omissão os espólios promoventes, aqui apelantes, interpuseram embargos declaratórios, os quais foram rejeitados – fl. 872.

Nas razões do recurso, os espólios apelantes levantam preliminar de nulidade às decisões que pôs termo ao processo e que rejeitou os embargos, alegando ausência de relatório e de fundamentação convincente.

A seguir discorre sobre os fatos ocorridos, acerca do histórico do imóvel questionado e da doação efetuada, insistindo na distinção entre o sítio "Recreação" e as terras da "Fazendinha", relatando a impropriedade da transferência do imóvel na forma realizada, uma vez que a donatária Maria Donizete Krans só recebeu metade do imóvel doado (sítio "Recreação"), sob condições, mas vendeu a totalidade da terra.

Destacam os recorrentes o cancelamento da matrícula relativa ao imóvel transferido, realizado através da Corregedoria Geral de Justiça, que atendeu pedido de Representação contra o Tabelião local, cujo ato de transferência foi anulado por transgredir o 'princípio da continuidade' que rege os registros públicos em geral.

Alegam, também, os apelantes, que o contrato de comodato apresentado não se refere ao imóvel que pretende usucapir, mas ao sítio "Recreação". Reportam-se, então, ao laudo emitido pelo perito oficial, que, em seu pensar, remeteu ao laudo emitido pelo assistente do autor, no qual ambos os imóveis são identificados nas medidas estabelecidas inicialmente.

Quanto aos depoimentos das testemunhas, entendem os apelantes que foram prestados de forma convincente para ratificar a exposição inicial, ressaltando a validade da matrícula nº 3.825 do Registro de Imóveis, pelo cancelamento da matrícula nº 1.962.

Menciona um processo de inventário dos bens pertencentes à Luiza Judite de Sousa e Isabel Odete de Sousa, em tramitação na Comarca de Itapipoca, no qual constam arrolados a metade do sítio "Recreação", por conta da doação partilhada, e outro imóvel com a mesma denominação ("Recreação") e mesma área (0,47 hectare) aqui apresentada.

Ao final, requerem os espólios apelantes a desconstituição da decisão atacada ou, alternativamente, sua reforma para reconhecer a procedência da ação de usucapião ajuizada, pela qual pretende obter o domínio de uma gleba correspondente a 44,94 hectares, esta distinta do sítio "Recreação", objeto do Registro Imobiliário n° 3.825 de julho de 1945, com área regular de 0,47 hectare.

Contrarrazões dos apelados, pugnando pela manutenção da sentença nos termos em que foi prolatada, porquanto as razões do presente pedido já foram questionadas em ação anterior de usucapião, já indeferido por sentença transitada em julgado – fls. 907/912.

Afirmam os apelados que a questão foi julgada de acordo com o poder de cautela do magistrado, não merecendo reparo. Asseveram a identificação dos imóveis como um só, cuja situação já restou confirmada em diversas decisões culminando com a ocorrência da coisa julgada.

Destacam os apelados o parecer Ministerial, pelo qual foram reconhecidas as mesmas confrontações e dimensões para os imóveis em questão, alternado apenas a qualidade da parte, sem afastar, contudo, a incidência da coisa julgada.

Em virtude da ocorrência da coisa julgada, entendem os recorridos que a demanda demonstra mera procrastinação da questão, e não defesa de direito, caracterizando litigância de má-fé pelas impertinentes acusações levantadas contra o julgador monocrático e contra eles, apelados.

Requerem, ao final, o não conhecimento da apelação interposta, ou, sendo conhecida, pugna pela improcedência do recurso com a manutenção da sentença que julgou a questão e os embargos declaratórios.

Cumpridas as formalidades, subiram os autos a esta Corte.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, reconhecendo que a controvérsia gira em torno dos limites dos imóveis "gleba de terras da Fazendinha" e do "sítio Recreação", pela qual os espólios apelantes sustentam ser distintos, enquanto os apelados afirmam ser um só – fls. 921/930.

O órgão Ministerial afirma a imprecisão da prova testemunhal para deslinde da questão e considera inconsistente a perícia realizada. Entende, ainda, prejudicada a prova documental dos apelados pelo cancelamento da matrícula nº 1.962, cuja decisão administrativa, em seu pensar, influi sim, na questão judicial, ao contrário do que afirma a decisão vergastada.

Refuta ainda, o Ministério Público, a incidência da coisa julgada, porquanto, a seu ver, os limites da demanda anterior diferem deste pedido, uma vez que, na ação primeira, não ficou esclarecido se eram duas propriedades absolutamente diferentes, havendo, assim, incerteza quanto aos objetos das duas ações.

O alentado parecer Ministerial considera, também, incabível o julgamento com base na existência de coisa julgada, porque, com a anulação da matrícula do imóvel, ainda que se pudesse afirmar com toda a certeza que os imóveis se confundem, ocorreria, em sua visão, fato superveniente, hipótese contida no inciso I, do art. 471, do CPC.

Quanto à posse, o órgão do Ministério Público entende que a mesma foi devidamente justificada pelos espólios apelantes, mas considera que o processo se revelou deveras duvidoso, sobretudo pelos fatos supervenientes apresentados no curso da ação, o que ensejaria exame mais apurado da questão.

Opina então, o Ministério Público, pela desconstituição da sentença e devolução dos autos à primeira instância para reexame da matéria probatória, sugerindo que se proceda a inspeção judicial e a realização de nova perícia na área questionada, com a utilização de modernos meios tecnológicos para elaboração de laudo minucioso, considerando, ainda, todos os fatos e documentos apresentados no decorrer da ação.

É, em síntese, o relatório.

À douta Revisão.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelos espólios do casal Carlos Camerino de Sousa e Haydée Araújo de Sousa, representados por José Carlos de Sousa, com o fim de reformar a sentença de fls. 805/816, que julgou improcedente o pedido dos autores, aqui apelantes, acatando a ocorrência da coisa julgada, esta arguida como matéria incidental.

Como relatado, os espólios apelantes se insurgem contra o acatamento da tese apontada que, em sua ótica, fora reconhecida contra os ditames legais, uma vez que os imóveis objetos da ação anterior e desta ação são distintos entre si.

Portanto, a questão crucial para o deslinde da demanda é o reconhecimento da distinção entre os imóveis mencionados, como pretendem os espólios apelantes, ou se ambos se confundem em um só, como desejam os apelados.

Inicialmente, reporto-me ao alentado parecer da douta Procuradoria de Justiça, no qual é sugerida a devolução dos autos para reexame do conjunto probatório, incluindo realização de nova perícia, porquanto entende o eminente Procurador que a questão, embora amplamente discutida, ainda demonstra incerteza em sua definição.

Permito-me discordar da sugestão, porquanto, em meu sentir, o reexame do conjunto probatório pode e deve ser efetivado em nível recursal, não se mostrando razoável reiniciar toda a tramitação da questão após doze anos de disputa. Neste tocante, entendo exaurida a fase instrutória da demanda pela existência, nos autos, dos termos de depoimentos das testemunhas, pela realização da perícia e pela imensa quantidade de documentos que acompanham o desenrolar da questão.

A sentença atacada, com base, principalmente, na prova pericial reconheceu que o imóvel objeto da ação de usucapião anterior se confunde com o imóvel objeto desta ação, julgando, então, procedente o incidente proposto pelos promovidos, aqui apelados, e extinguindo a pretensão dos espólios promoventes, aqui apelantes, em usucapi-lo.

Em sua primeira alegação os apelantes pretendem, liminarmente, a nulidade da sentença porquanto, em sua visão, não houve a devida motivação pela ausência de relatório e de fundamentação convincente.

Quanto à ausência do relatório na forma noticiada é incompreensível tal premissa, uma vez que o relato da demanda ocupou seis laudas do total da decisão apelada (fls. 808/811) e se estendeu por todas as minúcias acerca do imóvel pretendido,

mencionando, inclusive, os diversos procedimentos que tratam da mesma questão.

Também não se justifica a alegação de ausência de fundamentação convincente, uma vez que a decisão se reportou à perícia realizada, reproduziu excertos de depoimentos testemunhais e cotejou outras decisões inseridas em documentos trazidos à colação probatória para concluir acerca do pedido dos espólios promoventes, aqui apelantes.

Ou seja, houve efetiva verificação de todo o acervo de provas coletadas na tramitação da demanda para compor a fundamentação da decisão. Tal apreciação, ao firmar convicção, constitui motivação suficiente para embasar a conclusão do magistrado. Reproduzo abaixo julgado do Superior Tribunal de Justiça neste sentido.

> "Ementa: PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. AVALIAÇÃO DO IMÓVEL PARA EFEITO DE INDENIZAÇÃO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ.
> 1. A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pelo agravante. Os fundamentos do aresto '*a quo*' são cristalinos. Inexistem, portanto, omissões, contradições, obscuridades ou ausência de motivação a sanar.
> 2. […]; 3. […];
> 4. Agravo regimental não provido."
> (AgRg no AREsp 189805/MG Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial 2012/0122832-7; Rel. Min. Castro Meira; Órgão: 2ª Turma; Julg. 16/08/2012; Fonte DJe 24/08/2012).

Mesmo a decisão que pôs termo aos embargos declaratórios, também mencionados pelos espólios apelantes como carecedor de relatório e fundamentação convincente, não me parecem passíveis de nulidade por violarem as formalidades aqui apontadas – vide fl. 872.

Embora de forma sucinta, houve o relato do recurso de embargos e a decisão justificou o acatamento da coisa julgada como fundamentação da sentença embargada e se reportou ao mérito de outras decisões acerca da mesma questão, além de mencionar a decisão administrativa que, na opinião do magistrado, não repercutiu no presente feito. Conclui pela inexistência de obscuridade.

Ou seja, não há como vislumbrar ausência de relatório ou de fundamentação convincente na sentença que decidiu os embargos.

Rejeito, portanto, a preliminar.

Outra das alegações dos apelantes é a decisão administrativa oriunda da egrégia Corregedoria Geral de Justiça que cancelou a matrícula que registrava a transferência do imóvel da donatária Maria Donizete Krans para os apelados. Com isso os apelantes pretendem conferir ilegitimidade aos apelados para figurarem na ação e solicitaram, por diversas vezes, suas exclusões do polo passivo da ação.

Entretanto, a prescrição aquisitiva se fundamenta em requisitos legais para seu reconhecimento. Neste sentido, confira-se orientação doutrinária a respeito:

> "Dois requisitos estão sempre presentes, em qualquer modalidade de usucapião, o tempo e a posse. Não basta a posse normal ('*ad interdicta'*), exigindo-se posse *'ad usucapionem'*, na qual, além da visibilidade do domínio, deve ter o usucapiente uma posse com qualidades especiais, previstas no art. 1.238 do Código Civil: prazo de quinze anos, sem interrupção (posse contínua), nem oposição (posse pacífica), e ter como seu o imóvel ('*animus domini*')."
> (Loureiro, Francisco Eduardo; Código Civil Comentado; Coordenador Ministro Cezar Peluzo; 3. ed; Barueri SP; Manole; 2009; pp. 1.180/1.181).

Observe-se, porém, que no pedido inicial não foi definida a modalidade da prescrição aquisitiva pretendida, para que se aferissem critérios específicos de cada tipo de usucapião, embora o relatório da sentença recorrida tenha considerado a modalidade de usucapião *extraordinário* para a presente demanda – vide fl. 807, 3º parágrafo.

Porém, pela doutrinação reproduzida, a posse é requisito definitivo para qualquer modalidade de usucapião, que se constitui em aquisição originária do domínio.

Assim, como bem lembrado na sentença atacada, a discussão travada na demanda deve se limitar à posse, e não à propriedade registrada em cartório, o que afasta apreciação acerca do cancelamento da matrícula que registrou a transferência, bem como suas implicações em relação à validade do ato e suas consequências.

Ademais, a incidência administrativa no fato me pareceu de um rigor excessivo, porquanto a nulidade legal deveria se referir ao ato praticado, qual seja, a averbação que feriu o princípio da continuidade, e não abranger a matrícula iniciada sem vício aparente.

Quanto à desvinculação do exercício da posse para com o domínio, veja-se adiante julgado da Corte Superior de Justiça.

> "Ementa: PROCESSO CIVIL - PRESCRIÇÃO AQUISITIVA - CONFIGURAÇÃO – REQUISITOS DO ART. 942 DO CPC PREENCHIDOS - JUNTADA DA CERTIDÃO DO CARTÓRIO DE IMÓVEIS DE CADA UM DOS CONFRONTANTES DESNECESSÁRIA – RECURSO ESPECIAL PROVIDO.
> 1.- A usucapião, forma de aquisição originária da propriedade, caracterizada, entre outros requisitos, pelo exercício inconteste e ininterrupto da posse, prevalece sobre o registro imobiliário, não obstante os atributos de obrigatoriedade e perpetuidade deste, em razão da inércia prolongada do proprietário em exercer os poderes decorrentes do domínio.
> 2.- […]; 3.- […]; 4.- […];" (destaquei)
> (STJ; REsp 952125/MG Recurso Especial 2007/0109481-0; Rel. Min. Sidnei Beneti; Órgão: 3ª Turma; Julg. 07/06/2011; Fonte DJe 14/06/2011).

Assim, entendo correta a posição adotada na decisão quanto à discussão

da posse na aferição dos requisitos para reconhecimento da prescrição aquisitiva, que deve prevalecer em detrimento ao cancelamento da transferência da propriedade pelo registrador.

Argumentam ainda os apelantes acerca da perícia realizada, relatando os termos contidos nos laudos de fls. 297/300 e 301/304, pelos quais entendem que restou comprovada a distinção entre os imóveis questionados a partir da resposta ao quesito nº 2 de fl. 303.

Alegam, então, os recorrentes, que o perito oficial não procedeu ao levantamento total do imóvel, destacando que o trabalho foi realizado pelos assistentes, "que o perito acha correto...". A seguir se reportam ao "laudo" do "perito" Raimundo Airton de Araújo, declarado correto pelo perito oficial, segundo os recorrentes, ressaltando que, em sua conclusão, os dois imóveis – sítios "Recreação" e "Fazendinha**",** estão bem identificados com as mesmas medidas apresentadas na petição inicial.

Entretanto, à época da apresentação do laudo pericial, o segundo "laudo", emitido pelo assistente técnico dos autores, foi impugnado pelo advogado dos promovidos, aqui apelados, porquanto a legislação já não acatava a imposição de laudos diversos acerca do mesmo fato, cabendo aos assistentes técnicos emitirem pareceres para avaliação do magistrado, como ainda estabelece o artigo 433 do CPC – vide fl. 339, verso.

Ademais, o "perito" mencionado pelos apelantes foi testemunha arrolada na audiência de justificação, onde declarou ter confeccionado o memorial descritivo que instruiu a presente ação de usucapião (fls. 60/61) e foi testemunha arrolada pelos apelantes na ação Declaratória Incidental, o que impede de forma absoluta sua intervenção no processo na qualidade de "perito", como denominado pelos apelantes em suas razões.

Deve ainda ser destacada a submissão dos peritos aos motivos de impedimento e suspeição, como determinado no artigo 138, inciso III, do CPC. Considero, assim, impróprias as argumentações dos apelantes acerca do "laudo" emitido pelo "perito" Raimundo Airton de Araújo.

Claro está que a impropriedade mencionada se refere ao aspecto conclusivo do "laudo" do assistente, nada impedindo que suas fundamentações sejam consideradas à guisa de informações, ou mesmo seja aproveitada sua manifestação a título de parecer técnico, se disso houver necessidade.

Por outro lado, o perito oficial apresentou laudo conclusivo (fls. 297/300) e ainda prestou os devidos esclarecimentos através de documento (fl. 349) e de comparecimento à audiência para este fim (fl. 478).

Pela análise do laudo oficial, depreende-se que o perito, contrário ao que afirmam os apelantes, não declara a correção do "laudo" do assistente, mas apenas aceita suas medições como corretas, isto após realizar cotejo de alguns pontos tomados pelo assistente com sua própria avaliação.

O que se observa é que não houve impugnação formal ao laudo oficial, o

que demonstra a correção de sua conclusão, embora os espólios apelantes sempre se reportem ao "laudo" de seu assistente para reforçar suas argumentações.

Conclui-se, então, que a ausência de impugnação ao laudo oficial reforça a convicção do Juiz, não havendo motivo plausível para que seja desprezado, uma vez que sua função é exatamente auxiliar o convencimento do magistrado em questões duvidosas, como a que aqui se apresenta.

Neste sentido, o laudo oficial concluiu que os terrenos em questão se confundiam e apresentavam uma mesma medida, não havendo razão para a existência de um sítio "Recreação" e de terras específicas da "Fazendinha" nos termos propostos pelos apelantes.

Quanto aos depoimentos testemunhais, mister se faz tecer algumas considerações acerca de sua validade.

A par da importância das testemunhas como efetivos colaboradores da atuação judicante, é de se considerar que seus depoimentos, na maioria das vezes, são calcados em conhecimentos superficiais dos fatos, posto que, ressalvada raras exceções, não compartilham detalhes, minúcias ou segredos que cada indivíduo guarda em si.

Corroborando o que foi dito, veja-se o presente caso, em que as testemunhas embora atestem o período de ocupação do imóvel pelos espólios apelantes, ignoram os termos da doação em nome de Maria Donizete Krans, ou, mesmo ao "ouvir falar" na doação, não sabem detalhes, ou ainda, mesmo procurando distinguir os terrenos questionados, por vezes os confundem ao declarar que "a casa do sítio Fazendinha chama-se Recreação..." e, finalmente, desconhecem a existência de alguma condição para detenção do imóvel, como o comodato firmado entre a donatária e os autores dos espólios - vide fls. 58/69 e fls. 675/678.

O que se extrai, com certeza cristalina, dos depoimentos analisados é que as terras denominadas "Fazendinha" se originaram do sítio "Recreação".

O próprio "laudo" apresentado por Raimundo Airton de Araújo, um dos antigos moradores do lugar, deixa entrever tal assertiva ao informar que o autores dos espólios receberam a pequena gleba constituída pelo sítio "Recreação" para administrar e "... dispondo na vizinhança de área livre e não procurada, foi alargando através dos anos as fronteiras da área dentro das terras da data "Fazendinha" - vide fl. 302, 3º parágrafo.

Ou seja, o autores dos espólios não cuidaram de regularizar posse em seu nome próprio, mas de alargar os horizontes do sítio "Recreação", adquirindo novas posses em nome de suas antigas proprietárias, cujas aquisições já haviam sido transferidas, por doação, à sobrinha Maria Donizete Krans desde 1945 (fls. 28/31), e que, por sua vez, foram repassadas, por compra e venda, aos apelados.

Na verdade, para caracterizar a posse como critério da prescrição aquisitiva, o que se exige é uma sucessão de atos de posse, sem falha. Vale dizer que tais atos devem ser realizados independentemente de ordens, instruções, determinações, condições ou qualquer outro óbice, legal ou judicial, que estabeleça relação de dependência para com

o legítimo proprietário, concluindo-se que a ocorrência de qualquer deles caracteriza mera detenção do imóvel (Art. 487 do CC anterior, reproduzido pelo artigo 1.198 do novo Código Civil).

Observe-se que a declaração contida no "laudo" detalha que os autores dos espólios receberam o sítio "Recreação" para administrar.

Ora, a qualidade de administrador do imóvel não induz ato de posse (Art. 497 do CC de 1916, reproduzido no artigo 1.208 do Código Civil atual).

Para o reconhecimento da prescrição aquisitiva, é fundamental que estejam presentes os requisitos autorizadores de sua concessão, como definidos no artigo acima mencionado e exposição doutrinária reproduzida à fl. 05 desta decisão. Ou seja, a situação de fato deve refletir a posse ininterrupta, mansa e pacífica, e o "*animus domini*", além de configurar o tempo exigido por lei.

No presente caso, em outras ocasiões os autores dos espólios demonstraram reconhecer a propriedade do imóvel em nome de Maria Donizete Krans, quando Haydée Araújo de Sousa interpôs Ação Ordinária de Preferência (fls. 161/167) para aquisição do imóvel "Recreação", informando ali sua residência, sem, contudo, considerar qualquer distinção para com as terras que agora diz ser parte autônoma do mesmo sítio.

Os autores dos espólios também demonstraram reconhecer a propriedade de Maria Donizete Krans sobre o imóvel questionado ao firmarem contrato de Comodato, no qual reconhecem a donatária, na qualidade de Comodante, como "legítima possuidora do imóvel denominado 'Recreação', ainda sem considerar qualquer distinção entre o sítio mencionado e as terras da 'Fazendinha'" - vide fls. 90/91.

É de se concluir, portanto, que a administração do imóvel durante a convivência com as proprietárias anteriores e o reconhecimento implícito da propriedade em nome da donatária por manifestações voluntárias dos autores dos espólios, induzem sua permanência no imóvel como ato de permissão ou mera tolerância, característicos de posse a título precário, que não autorizam a aquisição originária por meio da prescrição aquisitiva.

Veja-se adiante julgado desta Corte sobre a matéria.

> "Ementa: - USUCAPIÃO. NÃO SE INDUZ A POSSE AO MERO DETENTOR, O CHAMADO FÂMULO DA POSSE. PRETENSA AQUISIÇÃO DOMINIAL, DESGUARNECIDA, PORÉM, DO *ANIMUS DOMINI*. REJEIÇÃO.
> 1. Para a aquisição de domínio por meio de usucapião, é indispensável a demonstração de exercício possessório com *animus domini.*
> 2. Atos de mera permissão ou tolerância, oriundos de simples autorização para ocupação do imóvel sob ordens e subordinação, caracterizam simples fâmulo da posse, não induzindo nenhum direito inerente à propriedade ou efeitos possessórios.
> 3. A posse meramente consentida, resultante de liberalidade dos proprietários, embalada pelos laços familiares, caracteriza o fâmulo da posse, posse precária, que jamais produz efeitos jurídicos àquele que a mantém em nome do *vero dominus* do imóvel.

> 4. E sem a faceta do requisito anímico, não há espaço para a posse *ad usucapionem*, justamente por lhe faltar a intenção de proprietário – '*possessio cum animo domini*', por onde, e inevitavelmente, a aquisição dominial modelada no artigo 183 da Carta Federal, não vinga. - Sentença confirmada. Apelação conhecida e improvida. - Unânime".
> (TJCE; Apelação cível 511457200380601671; Rel. Maria Iracema Martins do Vale; Órgão: 4ª Câm. Cível; Julg: 22/04/2009; Registro: 10/06/2009).

Os atos mencionados demonstram ainda o reconhecimento da continuidade da administração do imóvel em nome da donatária Maria Donizete Krans. Neste tocante, em relação à escritura de doação do imóvel "Recreação", cumpre aqui expressar algumas considerações.

É que os espólios apelantes, em suas razões, ratificam algumas assertivas desfiadas durante a tramitação do processo, pelas quais a donatária só teria direito à metade do imóvel "Recreação", uma vez que não teria cumprido as condições estipuladas pelas doadoras, e teria praticado atos impróprios, porquanto teria vendido o sítio em sua totalidade quando recebera apenas a metade – vide depoimento do representante dos espólios às fls. 604/606 e fls. 886/903.

Neste sentido, observe-se que o representante dos espólios, em mais uma tentativa de regularização do imóvel em seu nome, ajuizou ação de inventário das antigas proprietárias do sítio "Recreação", no qual foi arrolada a metade desta gleba para efeito de partilha, demonstrando total desconhecimento acerca dos termos da doação – fls. 459/462.

Em análise aprofundada da escritura de doação mencionada, depreende-se que, de início, foi doado metade do sítio "Recreação", com casas e benfeitorias, para Maria Donizete Braga, posteriormente Maria Donizete Krans, por ainda existir ascendente sucessível, embora, nonagenária. Consta ainda que, se as doadoras sobrevivessem à ascendente sucessível mencionada, o ato de doação seria completado com a transferência da metade restante do imóvel "Recreação" - fls. 28/31.

Assim, havendo notícia de que as doadoras sobreviveram à ascendente sucessível, nonagenária à época, resta concluir que a doação se deu pela totalidade do sítio, o que torna inócuo o arrolamento interposto para fins de partilha, e improcedentes as alegações dos espólios quanto aos atos praticados pela donatária em relação ao sítio "Recreação".

Por outro lado, ainda considerando assertivas constantes dos autos, destaco o depoimento do representante dos espólios, no qual o depoente afirma que "... forjaram um documento no cartório João Moura e que essa terra da 'Recreação' passou então a ter 45 hectare e uns quebrados." (sic) – vide fls. 604/606.

O documento a que se refere o depoente é, com certeza, a "Escritura Pública Declaratória de Medidas com atualização de limites" lavrada em Cartório para demarcação das confrontações do sítio "Recreação" - fls. 149/153.

Dito documento foi providenciado por Maria Donizete Krans, representada

por procurador, e outros... Cuida tal documento em atualizar os limites do sítio "Recreação", abrangendo as terras posteriormente apossadas, mas nunca regularizadas, alcançando as confrontações que, agora, se pretende reconhecer como da "Fazendinha".

Observe-se que tal escritura foi lavrada no exercício do comodato firmado pelos autores dos espólios.

Entretanto, diferente do que afirma o representante dos espólios em seu depoimento, o documento não demonstra sinais de fraude, e vai assinado por todos os confinantes do sítio "Recreação" numa demonstração de reconhecimento da unidade da gleba e de sua propriedade em nome de Maria Donizete Krans.

Ressalte-se que todos os confinantes mencionados nos depoimentos testemunhais com sendo referentes às terras que se pretende usucapir, constam na Escritura de Medição como confinantes do sítio "Recreação".

Interessante registrar que o confinante Gerardo Barroso, em visível contradição, prestou depoimento na qualidade de testemunha, tanto na justificação como na instrução da demanda, afirmando, ali, a distinção entre as terras, mas, ao assinar a Escritura de Medição, demonstra aceitar a propriedade de Maria Donizete Krans e reconhece a gleba como uma só – vide fls. 58/59 e 675/676.

Convém ainda ressaltar que a Escritura de Medição e a Escritura de Compra e Venda do imóvel questionado foram registradas junto à matrícula nº 1.962, a qual restou cancelada por medida administrativa da egrégia Corregedoria Geral de Justiça desse Estado, mas não foram anulados os atos de transferência e de medição, porquanto apenas seus registros foram excluídos junto com a referida matrícula.

Portanto, considerando todo o exposto, conheço do recurso por apresentar os requisitos necessários à sua admissibilidade, para, contrário ao parecer do nobre Procurador de Justiça, reconhecer que não existe distinção entre os imóveis "Recreação" e "Fazendinha", na forma aqui proposta, com base na verificação do conjunto probatório colhido na tramitação do processo, e, principalmente, acatando a conclusão do laudo emitido pelo perito oficial.

Considerando, então, que houve interposição anterior de ação de usucapião para aquisição do domínio do mesmo imóvel, já decidida e transitada em julgado, NEGO PROVIMENTO ao recurso para manter a procedência do incidente processual da Coisa Julgada e a extinção da prescrição aquisitiva por não reconhecer tal direito ante a ausência dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo, pela verificação da existência de coisa julgada em relação ao objeto da demanda.

Mantenho o ônus sucumbência como determinado na decisão recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de Janeiro de 2013.

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0188836-92.2012.8.06.0001.
APELANTE: ETUFOR – EMPRESA DE TRANSPORTE URBANO DE FORTALEZA S.A.
APELADO: MOISÉS DE FARIAS LEITE.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PRELIMINARES REJEITADAS. LEI COMPLEMENTAR Nº 57/2008 DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. GRATUIDADE NO TRANSPORTE COLETIVO. INDIVÍDUO COM DEFICIÊNCIA MENTAL. DIREITO LÍQUIDO E CERTO RECONHECIDO.

1. O cerne da controvérsia diz respeito ao direito do recorrido à concessão da gratuidade no transporte coletivo devida a pessoas com deficiência.
2. Preliminares de incompetência, de carência de ação e de inadequação da via eleita rejeitadas.
3. A Lei Complementar nº 57/2008 do Município de Fortaleza regula a gratuidade no transporte público coletivo urbano de Fortaleza às pessoas com deficiência, mas a ETUFOR negou a adequação do recorrido aos requisitos da lei.
4. O conjunto probatório dos presentes autos indica que o apelado é um indivíduo com deficiência mental reconhecida por exame médico realizado anteriormente pela própria recorrente, tanto que em outra oportunidade já havia recebido o cartão de gratuidade do transporte coletivo.
5. A necessidade especial do apelado é reforçada por outros documentos, como laudos de médicos particulares e aposentadoria por invalidez junto ao INSS.
6. Ponderando as provas constantes dos autos, conclui-se pela adequação do recorrido à Lei Complementar nº 57/2008 do Município de Fortaleza.
- Reexame necessário e apelação cível conhecidos, negando-se provimento a esta última.
- Sentença confirmada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Reexame Necessário e Apelação Cível nº 0188836-92.2012.8.06.0001, em que figuram as partes acima

indicadas. Acorda a 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do reexame necessário e da apelação interposta, para rejeitar as preliminares e, no mérito, negar-lhe provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

O caso/a ação originária: Moisés de Farias Leite impetrou mandado de segurança alegando que o Presidente da ETUFOR negou a revalidação do cartão de gratuidade no transporte público para pessoa com deficiência. A autoridade impetrada apresentou informações (fls. 39/55) aduzindo, em sede de preliminar, a incompetência do juízo, carência de ação e a impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese, e, no mérito, que, após análise médica do impetrante, restou constatado que o mesmo não fazia *jus* ao benefício.

A sentença: o julgador *a quo* decidiu pela procedência da ação (fls. 104/115). Transcrevo o dispositivo da sentença:

> "Diante do exposto, atento ao disciplinamento formal da matéria posta em tablado, hei por bem CONCEDER a segurança requestada na prefacial, com resolução do mérito, a teor do art. 269, inciso I, do CPC, no sentido de reconhecer ao autor, MOISÉS DE FARIAS LEITE, o direito líquido e certo ao direito de usufruir do benefício da gratuidade no transporte coletivo urbano de Fortaleza, à vista de ser ele portador de deficiência mental e hipossuficiente economicamente para o custeio da passagem de transporte coletivo."

A apelação: inconformada, a ETUFOR interpôs recurso, às fls. 216/236, repisando os argumentos apresentados nas informações.

Não foram apresentadas contrarrazões, conforme certidão de fl. 245.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça: às fls. 256/260, opinando pelo acolhimento da preliminar de incompetência e, no mérito, pela confirmação da sentença.

É o relatório.

Revisão feita pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima.

VOTO

O cerne da controvérsia diz respeito ao direito do recorrido à concessão da gratuidade no transporte coletivo devida a pessoas com deficiência.

1. PRELIMINARES

1.1 - Da incompetência do juízo *a quo*.

A recorrente, ETUFOR – Empresa de Transporte Urbano de Fortaleza S.A., alega a incompetência das Varas da Fazenda Pública para conhecer da matéria, sob o argumento de que possui natureza de sociedade de economia mista e, como tal, suas ações devem tramitar nas Varas Cíveis.

Este argumento da apelante tem por base o art. 109, I, "a" do Código de Divisão e de Organização Judiciária do Estado do Ceará, que estabelece as causas que devem ser processadas e julgadas pelas Varas da Fazenda Pública.

No entanto, existe circunstância especial nesta ação que afasta o caso da incidência deste dispositivo. Os presentes autos tratam de mandado de segurança contra ato imputado ao Diretor Presidente da ETUFOR, hipótese regulada pelo art. 109, I, "b" do Código de Divisão e de Organização Judiciária do Estado do Ceará.

Confira-se o teor das normas citadas:

> Art. 109 - Aos Juízes de Direito das Varas da Fazenda Pública compete, por distribuição:
> I - processar e julgar com jurisdição em todo o território do Estado:
> a) as causas em que o Estado do Ceará, o Município de Fortaleza, e os seus respectivos órgãos autárquicos, forem interessados, como autores, réus, assistentes ou oponentes, excetuadas falências, concordatas, acidentes de trabalho e execuções fiscais, bem como as definidas nas letras "e" e "f", do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal;
> b) os mandados se segurança contra atos das autoridades estaduais, municipais, autárquicas ou pessoas naturais ou jurídicas que exerçam funções delegadas do Poder Público, no que se entender com essas funções, ressalvada a competência originária do Tribunal de Justiça e de seus órgãos em relação à categoria da autoridade apontada como coatora, bem como a competência dos Juízes de Direito das Comarcas do Interior onde a autoridade impetrada tiver sua sede. (destacamos)

Portanto, por aplicação literal da norma transcrita, o juízo *a quo* é competente para apreciar a matéria.

Preliminar rejeitada.

1.2 – Da carência de ação.

Compulsando os autos, observa-se que a ilegitimidade das partes não é manifesta, mas, ao contrário, mantém íntima ligação com a análise do direito do impetrante, questão de natureza meritória.

Assim, perquirir acerca da existência de direito líquido e certo do impetrante é adentrar no próprio mérito do mandado de segurança, razão pela qual deve ser afastada mencionada arguição de carência de ação.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no mesmo sentido, como se extrai do excerto jurisprudencial que segue transcrito:

> "PROCESSUAL CIVIL. SANEADOR. PRELIMINAR DE LEGITIMIDADE. EXAME CONJUNTO COM O MÉRITO. POSSIBILIDADE.
> 1. "É razoável deixar o exame de preliminar que se confunde com o mérito para o exame conjunto." Precedente". (...). (REsp 135.791/SP). (AgRg no Ag 794.398/RJ, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 17/11/2008)

Portanto, a análise conjunta desta questão com o mérito é medida que se impõe.

1.3 – Da impossibilidade de impetração de mandado de segurança contra lei em tese

Outra questão preliminar suscitada pela apelante foi a inadequação da via eleita, sob o fundamento de que o presente *writ* estaria atacando lei em tese, vez que as normas impugnadas pelo impetrante são gerais e abstratas, não podendo ser consideradas de efeitos concretos.

No entanto, verifica-se, na petição inicial, que o impetrante não se insurgiu contra lei desprovida de efeitos concretos, mas sim contra a violação a direito líquido e certo decorrente da negativa de renovação da gratuidade no transporte coletivo.

Logo, tem-se que o presente caso indica situação individual e concreta representativa de ameaça ou violação ao direito a ser tutelado.

Diante disso, rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita.

2. MÉRITO.

No mérito, impõe-se, inicialmente, analisar a Lei Complementar nº 57/2008 do Município de Fortaleza que regula a gratuidade no transporte público coletivo urbano de Fortaleza às pessoas com deficiência:

> "Art. 1º - Fica assegurada a gratuidade no transporte público coletivo urbano de Fortaleza às pessoas com deficiência, que estejam fora do mercado formal de trabalho, e sejam beneficiárias do Benefício de Prestação Continuada (BPC) da Lei Orgânica de Assistência Social (LOAS) ou pertençam à família beneficiaria do Bolsa Família.
> Art. 2º - É considerada pessoa com deficiência, para o direito a gratuidade de que trata essa Lei, a pessoa que se enquadra nas seguintes categorias (Decreto Federal 5.296, de dezembro de 2004):
> (...)

> IV – deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptadas, tais como:
> a) comunicação;
> b) cuidado pessoal;
> c) habilidades sociais;
> d) utilização dos recursos da comunidade;
> e) saúde e segurança;
> f) habilidades acadêmicas;
> g) lazer; e
> h) trabalho"

Não há questionamento sobre a validade desta norma, de modo que a discussão da presente lide se limita basicamente ao contexto fático do caso, ou seja, se a condição de saúde do recorrido se enquadra na hipótese de incidência da lei.

Analisando o conjunto probatório dos presentes autos, é possível constatar que o recorrido, Moisés de Farias Leite, já teve reconhecido o direito ao benefício pela própria recorrente. É o que se observa do documento de fl. 103, que atesta o recebimento do "cartão de gratuidade" pelo apelado em outubro de 2008 e com validade até setembro de 2010.

Ocorre que, em dezembro de 2010, a resposta ao requerimento de renovação do benefício foi negativa, fundamentada no argumento de que: "*verificou-se que a Patologia/Doença citada no último Relatório de Avaliação Médica, não corresponde a nenhuma das deficiências contidas na lei que concede o referido benefício" (fl. 90), posição ratificada em junho de 2011 (fl. 79)*.

Estes entendimentos estavam respaldados nos laudos médicos de fl. 93 e expresso no Relatório de Avaliação Médica que indicou haver unicamente uma deficiência visual no postulante.

No entanto, conforme outros Relatórios de Avaliação Médica da própria Prefeitura de Fortaleza (fls. 11/12 e 83/84), os exames realizados no recorrido atestaram a existência da deficiência mental de natureza permanente e que implicava na necessidade de acompanhante no seu deslocamento.

Diante desta divergência de laudos médicos, é necessário observar outros elementos probatórios constantes dos autos que se relacionem com tal fato para afastar a dúvida.

Primeiramente, merece destaque o atestado assinado por médico do Instituto de Psiquiatria do Ceará confirmando, em novembro de 2010, a existência de "*distúrbios mentais*" que tornam o paciente "*invalido (a) para atividades laborativas e incapaz de gerir a si e a seus bens"* (fl. 13).

Importa destacar, ainda, que esta condição especial do recorrido já havia sido reconhecida em 2004, conforme os atestados de fls. 15/16.

Outro indício muito forte da adequação do apelado às exigências da lei é a

sua aposentadoria por invalidez junto ao Instituto Nacional de Seguro Social – INSS (fl. 20), que, como sabido, sempre realiza perícias médicas para deferir o benefício.

Portanto, ponderando as provas constantes dos autos, conclui-se pela adequação de Moisés de Farias Leite aos requisitos da Lei Complementar nº 57/2008 do Município de Fortaleza, posto que a maioria das avaliações médicas concluíram desta forma, contrariando a última e isolada avaliação que fundamentou a negativa.

Neste mesmo sentido entendeu a douta Procuradoria Geral de Justiça ao afirmar que:

> "Aduz a Demandada em sua Apelação que o Autor não logrou êxito em provar o direito que alega ter. Contudo, repousa às fls. 11/17 farta documentação que demonstra ser o apelado, sem sombra de dúvidas, um deficiente mental, fazendo jus, portanto, à gratuidade do transporte público urbano desta capital".

Desta forma, diante das razões expendidas, a confirmação da sentença é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, conheço do reexame necessário e da apelação interposta, para rejeitar as preliminares, e, no mérito, negar provimento ao recurso, confirmando a sentença recorrida, no sentido de declarar a adequação do recorrido aos requisitos exigidos na Lei Complementar nº 57/2008 do Município de Fortaleza para a concessão da gratuidade no transporte coletivo.

É como voto.

Fortaleza, 6 de março de 2013.

PROCESSO Nº 19470-39.2004.8.06.0000/0 (SPROC 2004.0007.0526-1/0)
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: VITO PAPA
APELANTE: MARISA CARDOSO VITO PAPA
APELANTE: MARCELO CARDOSO LUCIO
APELADO: FLORIO ANTONIO
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO C/C DANOS MORAIS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO INICIAL. APELAÇÃO. FUNDAMENTOS. NULIDADE DA SENTENÇA. DANOS MORAIS INEXISTENTES. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.

I – Inexiste conexão entre demandas que contemplam pedido e causa de pedir diversos.

II – Na ausência de decisão expressa em contrário, perde a eficácia a antecipação de tutela deferida *initio litis* que não é confirmada na sentença, ocorrendo o regresso ao *status quo ante.*

III – O mero inadimplemento contratual não enseja condenação por danos morais.

IV – Apelação parcialmente provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por VITO PAPA, MARISA CARDOSO VITO PAPA e MARCELO CARDOSO LUCIO, adversando sentença proferida pelo Juiz de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação Ordinária Nº 638784-55.2000.8.06.0001, que julgou parcialmente procedente o pedido autoral deduzido por FLORIO ANTONIO.

Na petição inicial, o autor diz que firmou Contrato de Promessa de Compra e Venda do imóvel de matrícula nº 55.591, do Cartório do Registro de Imóveis da 1ª

Zona de Fortaleza, em 24 de março de 2000, ao preço de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), com pagamento parcelado, de acordo com o seguinte cronograma: R$ 5.000,00 (cinco mil reais), no ato da assinatura do contrato, R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), no ato da assinatura da escritura pública, R$ 15.000,00 (quinze mil reais), em 31 de janeiro de 2001, e R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), no dia 31 de outubro de 2001. Assinala, ao depois, que as duas últimas parcelas não lhe foram pagas pelos réus, o que causou situação vexatória e humilhante, por isso mesmo configuradora de dano moral, posto que o pôs na contingência de alugar um pequeno barraco, sem condição de segurança, de higiene e de conforto. Acrescenta, por fim, que o não pagamento das referidas parcelas configura o inadimplemento dos promovidos apto a ensejar a rescisão contratual e a perda do valor que foi pago, a título de sinal e início de pagamento, além de danos morais.

Na peça contestatória, os promovidos aduzem a falta do interesse de agir, a ausência do direito do autor aos benefícios da gratuidade judiciária, a existência de conexão a ensejar a reunião das ações no juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza e que o autor é que deve indenizá-los, nos termos em que postulado na ação pretensamente conexa.

Foi anunciado o julgamento antecipado da lide.

A sentença julgou o pedido inicial parcialmente procedente, para declarar rescindido o contrato de promessa de compra e venda e condenar os réus na perda do valor pago, a título de sinal, e na obrigação da pagar danos morais na quantia de R$ 90.000,00 (noventa mil reais), além de custas processuais e honorários à base de 10% sobre o valor da condenação.

Nas razões do pedido de reforma da sentença, os apelantes afirmam que a sentença é nula, porque não foi observada a prevenção do juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que as duas últimas parcelas não foram pagas por força do que decidido por aquele magistrado, em 11 de outubro de 2000, nos autos da Ação Ordinária nº 501473-22.2000.8.06.0001, determinando a sustação dos respectivos cheques, e que o valor da condenação por danos morais arbitrado na sentença se mostra absurdo.

Contrarrazões oportunamente apresentadas. (fls. 79/85)

É o breve relatório.

Revistos e incluído em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Examino, inicialmente, o fundamento recursal da nulidade da sentença, por inobservada da prevenção do juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Vale notar que o único e exclusivo fundamento dos pedidos de rescisão do contrato de promessa de compra e venda, de condenação dos réus na perda do valor pago, a título de sinal, e na obrigação de pagar danos morais consiste na falta de pagamento

das parcelas de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), vencidas nos dias em 31 de janeiro de 2001 e 31 de outubro de 2001, respectivamente.

De sua vez, na ação proposta pelo apelante Vitor Papa que foi distribuída à 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, o pedido inicial consiste na condenação do ora recorrido na obrigação de pagar danos materiais e morais, sob o fundamento de que, no dia 20 de abril de 2000, o recorrente fora vítima de uma tentativa de homicídio, no azo em que o apelado desferiu contra si dois tiros que quase ceifaram sua vida. (fls. 102/112)

Presente tal contexto, não é dado cogitar de identidade de causa de pedir, porquanto na presente demanda o fundamento do pedido inicial consiste em suposto inadimplemento contratual, enquanto na ação proposta na 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza o promovente aduz uma suposta tentativa de homicídio. No mais, na presente relação processual, pede-se a rescisão do contrato e a condenação dos réus na obrigação de pagar danos morais em tese decorrentes do próprio inadimplemento contratual, enquanto na ação pretensamente conexa postula-se a condenação de danos materiais e morais resultantes de afirmada tentativa de homicídio, em si mesma considerada. Consoante inequivocamente se percebe, também não há identidade de pedido.

Ora, se não há identidade da causa de pedir ou do pedido, inexiste o fenômeno da conexão de ações, nos termos em que definido no Código de Processo Civil, *verbis:*

> Art. 103. Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir.

Vale lembrar que a razão de ser da reunião de processos conexos é a harmonização dos julgados e a economia processual. Portanto, é de caráter eminentemente prático e do interesse da própria função jurisdicional, como assinala Daniel Amorim Assumpção Neves:

> A primeira e inegável vantagem aferida com o fenômeno da conexão é a de evitar que decisões conflitantes sejam proferidas por dois juízes diferentes. A existência de decisões conflitantes proferidas em demandas que tratem de situações fáticas similares é, naturalmente, motivo de descrédito do Poder Judiciário, podendo inclusive gerar problemas práticos de difícil solução. (…)
> Por outro lado, é inegável que a reunião de duas ou mais demandas perante o mesmo juízo favorece no mais das vezes efetivação do princípio da economia processual, já que os atos processuais serão praticados uma vez só, o que se mostrará mais cômodo ao Próprio Poder (funcionará somente uma estrutura – juiz, escrivão, cartorário etc.) e também às partes e terceiros que tenham obrigação de colaborar com a Justiça (p. ex., testemunhas, que só deporão uma vez). Com a prática de atos processuais que sirvam a mais de um processo, é evidente que haverá otimização do tempo e em razão disso respeito ao princípio da economia processual.
> Competência no Processo Civil, 2ª ed., 2011, Forense, PP 195/196

Na hipótese dos autos não há base empírica que autorize cogitação da possibilidade de decisões contraditórias ou de identidade do objeto da prova. Bem por isso, não há fundamento para a reunião dos processos.

Passo ao exame do fundamento recursal que afirma a inexistência de inadimplemento contratual apto a autorizar a rescisão contratual e consequente indenização.

Consta das razões recursais que os cheques de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), emitidos pelos apelantes como garantia de pagamento das parcelas com vencimentos em 31 de janeiro de 2001 e 31 de outubro de 2001, respectivamente, não foram pagos porque o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, ao apreciar o pedido de provimento de urgência formulado pelo apelante Vitor Papa, nos autos da Ação Ordinária 501473-22.2000.8.06.0001, em 11 de outubro de 2000, determinou a sustação dos pagamentos daquelas cártulas. Frise-se, ademais, que o apelante Vito Papa postulou, como tutela final, a condenação do recorrido a pagar R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) de danos morais, R$ 10.000,00 (dez mil reais) de lucros cessantes e R$ 4.077,96 (quatro mil setenta e sete reais e noventa e seis centavos) de danos materiais.

É de ressaltar que o pedido de tutela de urgência veiculado pelo primeiro apelante, nos autos da Ação de Reparação de Danos nº 501473-22.2000.8.06.0001, é explícito ao afirmar que os cheques a serem sustados, em sede de antecipação de tutela, foram *"dados em garantia da operação da venda do imóvel situado na rua Salvador Correia de Sá, 1213, em Fortaleza/CE)"*. O pedido de tutela final ali deduzido, a seu turno, consiste na condenação do *"Réu ao pagamento da quantia de R$ 315.076,27 (trezentos e quinze mil, setenta e seis reais e vinte e sete centavos), acrescidos de honorários advocatícios na base de 20% sobre o valor da causa, mais custas processuais, juros de mora, correção monetária"*. (fls 48/49)

A sentença exarada na 2ª Vara Cível no feito recitado julgou parcialmente procedente o pedido inicial, mas não se pronunciou sobre a ratificação ou revogação da sustação dos cheques que fora deferida *initio litis*, *verbis:*

> Ante o exaustivamente expedido, sopesadas as circunstâncias fáticas e tudo o mais que consta dos autos, julgo parcialmente procedente a ação para impor ao agressor reparação moral no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), quantia suficiente, a meu sentir, para puni-lo, desestimulando-o de prática semelhante e, ao mesmo tempo, confortar o lesionado. Condeno-o, ainda, ao pagamento de quatro mil, setenta e sete reais e noventa e seis centavos (R$ 4.077,96), a título de dispêndio com o tratamento para recuperação da lesão. Tendo em mira o parcial acolhimento do pleito, a sugerir compensação de sucumbência, caberá ao vencido metade das custas processuais e honorários advocatícios à base de dez por cento (10%) sobre o total da condenação.

Ao julgar parcialmente procedente o pedido inicial, abstendo-se de ratificar a tutela antecipada deferida nos autos ou de assegurar a continuidade de seus efeitos até o trânsito em julgado, a sentença fez as partes regressarem ao *status quo ante* e, portanto, a cláusula contratual que estabeleceu o preço e a forma de pagamento do imóvel negociado volta a ter eficácia e exigibilidade plenas, inclusive para fins de configurar eventual inadimplemento.

In casu, a Cláusula Primeira do contrato que é questionado nos autos dispõe:

> O preço total do imóvel objeto desta promessa é de R$ 90.000,00 [noventa mil reais], sendo R$ 5.000,00 {cinco mil reais} representado em espécie, de que dão quitação, devendo o restante do valor R$ 85.000,00 {oitenta e cinco mil reais} ser pago da seguinte forma, R$ 45.000,00 {quarenta e cinco mil reais} no ato da assinatura da escritura de transferência do imóvel, R$ 15.000,00 {quinze mil reais}, no dia 31 de janeiro de 2001, pago com cheque pré-datado e R$ 25.000,00 {vinte e cinco mil reais}, no dia 311 de outubro de 2001, pago com cheque pré-datado.

Relativamente à sustação dos pagamentos das parcelas de R$ 15.000,00 e R$ 25.000,00, deferida na antecipação de tutela, a superveniência da sentença de procedência parcial fez restabelecer o *status quo ante*. Bem por isso, o inadimplemento dos réus/apelantes, que constitui o fundamento do pedido de rescisão do contrato, tal como formulado na inicial, está configurado.

Sucede que o mero inadimplemento contratual, por si só, não enseja a condenação do devedor na obrigação de pagar danos morais, consoante precisa dicção de Sérgio Cavalieri Filho, *verbis:*

> ... só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.
>
> ... mero inadimplemento contratual, mora ou prejuízo econômico não configuram, por si sós, dano moral, porque não agridem a dignidade humana. Os aborrecimentos deles decorrentes ficam subsumidos pelo dano material, salvo se os efeitos do inadimplemento contratual, por sua natureza ou gravidade, exorbitarem o aborrecimento normalmente decorrente de uma perda patrimonial e também repercutirem na esfera da dignidade da vítima, quando, então, configurarão o dano moral.

Programa da Responsabilidade Civil, Atlas, 8ª ed., p. 83/84

Frise-se, por oportuno, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça não discrepa de tal compreensão, *verbis:*

> CIVIL. SOCIEDADE. SÓCIO COTISTA. EXCLUSÃO. CONTRATO. DESFAZIMENTO. DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I - O inadimplemento do contrato, por si só, pode acarretar danos materiais e indenização por perdas e danos, mas, em regra, não dá margem ao dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade.
> Precedentes.
> Agravo Regimental improvido
> Agravo Regimental no Recurso Especial N° 1.132.821, Rel Min Sidnei Beneti, Terceira Turma, Unânime, DJe 29/03/2010.
>
> Processual civil. Recurso especial. Prequestionamento. Ausência. Fundamento inatacado. Reexame de matéria de fato. Ausência de elementos capazes de ilidir a decisão agravada.
> - Ausente o requisito do prequestionamento, não se conhece do recurso especial.
> - O recorrente deve impugnar os fundamentos do acórdão recorrido, não podendo subsistir argumento inatacado e suficiente para manter as conclusões do Tribunal de origem.
> - O simples inadimplemento do contrato não enseja a responsabilidade civil por danos morais. Precedentes
> Agravo em recurso especial não provido.
> Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 702.220, Rel Min Nancy Andrighi, Terceira Turma, Unânime, DJ 28/08/2006, p. 283.
>
> CIVIL. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COM PAGAMENTO EM UNIDADES RESIDENCIAIS. ATRASO NA ENTREGA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MATERIAL ESTABELECIDO CONFORME O PACTO. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO. MERO CONTRATEMPO.
> I. Condenada a recorrente a ressarcir as perdas e danos previstas no contrato para a hipótese de inadimplemento, sem que concluísse a construção dos imóveis que seriam dados em pagamento, este evento, por si só, não consubstancia dano moral indenizável, mas mero dissabor ou contratempo.
> II. Recurso especial conhecido e provido.
> Recurso Especial Nº 712.469, Rel Min Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, Unânime, DJ 06/03/2006, p. 406.
>
> AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. IMPONTUALIDADE NA ENTREGA DA OBRA. DANOS MORAIS.
> 1. O inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de

> cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível.
> 2. Conforme entendimento pacífico do STJ, a correção monetária tem como marco inicial a data da prolação da sentença que fixa o *quantum* indenizatório.
> 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.
> Recurso Especial Nº 876.527, Rel Min João Otavio de Noronha, Quarta Turma, Unânime, DJe 28/04/2008.

Forte em tais razões, conheço da apelação, para dar-lhe parcial provimento, excluindo apenas a condenação por danos morais fixados na sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2012.

PROCESSO N° 0000287-24.2009.8.06.0092
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: J.L.V.C., REPRES. POR SUA GENITORA E.V. C.
APELADO: L.M.V.C.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. NOVA PERÍCIA. IMPOSSIBILIDADE ANTE A OCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. CONFRONTO ENTRE PERÍCIA GENÉTICA PELO DNA E PROVA TESTEMUNHAL. PREVALÊNCIA DA PROVA TÉCNICA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Depois de efetuados dois exames de DNA e ouvidas as testemunhas arroladas pelo investigante, este postulou a realização de nova perícia, que foi denegada pelo juízo *a quo*, sem que dessa decisão tenha sido oposto qualquer recurso. Em grau de apelação, tal pleito foi reiterado. Mostra-se impossível seu atendimento ante a incidência, na espécie, de preclusão. Além do que, não se verificou cerceamento do direito probatório do apelante.

2. A prova testemunhal apontou ter havido breve relacionamento amoroso entre a genitora do recorrente e o recorrido. Não obstante, os laudos dos dois exames de DNA procedidos com amostras biológicas do investigante, de sua mãe e do investigado, concluíram pela exclusão da paternidade.

3. A perícia genética pelo DNA apresenta alto grau de confiabilidade, com precisão superior a 99,99%, pelo que, como o segundo exame confirmou o primeiro, seus resultados elidem as demais provas produzidas. Precedente do STJ: REsp 397013/MG.

4. Apelação conhecida e desprovida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do apelo e desprovê-lo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 04 de junho de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por J.L.V.C., representado por sua genitora E.V.C., contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Independência nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos por ele promovida em desfavor de L.M.V.C., a qual julgou improcedente a pretensão, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Em suas razões (fls. 122-123), postula o apelante a realização de uma nova perícia, sob o argumento de que o exame de DNA é falível. Outrossim, requer seja o apelo provido com supedâneo na prova testemunhal.

À fl. 124, o juízo *a quo* recebeu o recurso nos efeitos devolutivo e suspensivo, tendo determinado a intimação do recorrido para responder.

Contrarrazões às fls. 128-130, em que o apelado refutou as alegações deduzidas pelo recorrente, havendo pleiteado a confirmação do *decisum* de primeiro grau.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 145-148).

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

O apelante intenta a realização de nova perícia genética pelo DNA e, para tanto, aduz que o referido exame não é infalível, podendo apresentar erros, além do que as testemunhas ouvidas confirmaram o relacionamento amoroso havido entre a mãe do investigante e o investigado.

O juízo de primeiro grau, uma vez não exitosa a tentativa de conciliação entre as partes, deferiu a produção de prova testemunhal, assim como a pericial (fl. 44), consistente em exame de DNA a cargo do Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN-CE).

Veja-se que, no decorrer da instrução, os litigantes submeteram-se à perícia extrajudicial, qual seja, análise de parentesco pelo DNA, com coleta de amostras biológicas efetuada em 08/12/2009, cujo laudo aponta que o recorrido não é o pai biológico do apelante (fls. 53-55).

Posteriormente, juntou-se aos fólios o laudo do teste de investigação de paternidade procedido pelo Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN-CE), com amostras biológicas coletadas na data de 23/02/2010, em que o perito concluiu pela exclusão do investigado como pai biológico do investigante (fls. 53-55).

Intimadas as partes a respeito do referido laudo pericial, o apelado pediu fosse o feito julgado (fl. 78), enquanto o recorrente postulou fosse dado prosseguimento à instrução, inquirindo-se as testemunhas (fl. 81), havendo o magistrado de primeira instância acolhido tal requerimento (fl. 82), sendo colhidos os seus depoimentos (fl. 103).

Ressalte-se que, por ocasião da audiência para a oitiva das testemunhas, o ora apelante requereu a realização de nova perícia, tendo o juízo *a quo* indeferido tal pleito, bem como determinado a apresentação de razões finais no prazo de dez dias sucessivos, porquanto já haviam sido procedidos dois exames de DNA e ouvidas as testemunhas arroladas pelo investigante, pelo que estava concluída a fase instrutória (fl. 103).

Verifica-se, pois, que o magistrado de primeira instância entendeu que a matéria estava suficientemente esclarecida, não se fazendo necessária uma nova perícia.

Observa-se que dessa decisão não houve a oposição de qualquer recurso, incidindo a preclusão.

Além do que, é cediço ser o juiz o destinatário final da prova, competindo-lhe, portanto, a análise da conveniência e da necessidade de sua produção, tendo em vista as circunstâncias de cada caso, deixando de realizar atos e provas que reputar desnecessários para o exame da lide, contanto aprecie o que entende substancial para o deslinde do feito, prolatando a sua decisão de modo fundamentado (art. 93, IX, da CF/1988 e arts. 130, 131 e 330 do CPC), o que ocorreu na espécie.

Diga-se, mais, que não houve qualquer cerceio à atividade probatória do apelante, haja vista que também foi produzida a prova testemunhal por ele requerida.

Assim, não há que se anular a sentença a fim de se reabrir a instrução processual para a feitura de uma nova perícia genética pelo DNA.

Requer ainda, o recorrente, a reforma do provimento jurisdicional, para que seja julgada procedente sua pretensão, declarando-se a parentalidade e arbitrando-se a pensão alimentícia, com supedâneo nos relatos das testemunhas.

A prova testemunhal aponta ter havido um breve relacionamento amoroso entre a genitora do apelante e o apelado. Não obstante, os dois exames de DNA realizados, um por laboratório particular e o outro por um órgão público, concluem pela exclusão da paternidade.

A perícia genética pelo DNA apresenta alto grau de confiabilidade, com precisão superior a 99,99% (noventa e nove vírgula noventa e nove por cento), tendo o Superior Tribunal de Justiça fixado premissas para sua valoração em cotejo com as outras provas constantes dos autos. Confira-se:

> Direito civil. Recurso especial. Ação de investigação de paternidade. Exame pericial (teste de DNA) em confronto com as demais provas produzidas. Conversão do julgamento em diligência.
> **- Diante do grau de precisão alcançado pelos métodos científicos de**

> **investigação de paternidade com fulcro na análise do DNA, a valoração da prova pericial com os demais meios de prova admitidos em direito deve observar os seguintes critérios: (a) se o exame de DNA contradiz as demais provas produzidas, não se deve afastar a conclusão do laudo, mas converter o julgamento em diligência, a fim de que novo teste de DNA seja produzido, em laboratório diverso, com o fito de assim minimizar a possibilidade de erro resultante seja da técnica em si, seja da falibilidade humana na coleta e manuseio do material necessário ao exame; (b) se o segundo teste de DNA corroborar a conclusão do primeiro, devem ser afastadas as demais provas produzidas, a fim de se acolher a direção indicada nos laudos periciais;** e (c) se o segundo teste de DNA contradiz o primeiro laudo, deve o pedido ser apreciado em atenção às demais provas produzidas.
>
> Recurso especial provido. (STJ, REsp 397013/MG, 3ª Turma, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, j. Em 11/11/2003, DJ 09/12/2003 p. 279, RMP vol. 23 p. 408, RSTJ vol. 179 p. 290)

In casu, a perícia judicial levada a efeito pelo Laboratório Central de Saúde Pública (LACEN-CE) corroborou o primeiro exame de DNA realizado amigavelmente pelas partes, pelo que suas conclusões não podem ser elididas pela prova oral colhida.

Diante de todo o exposto, conheço da apelação e nego-lhe provimento, mantendo incólume a sentença adversada.

É como voto.

Nº PROCESSO: 0031001-75.2011.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: M. C. C. G. E V. C. G., REPRESENTADAS POR M. X. C. G.
APELADO: A. G. F.
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ007

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CONSTITUCIONAL. APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. SENTENÇA QUE EXTINGUIU O PROCESSO DE EXECUÇÃO POR ADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO. JUNTADA DE DOCUMENTO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA CAUSA SEM INTIMAÇÃO DA PARTE EXEQUENTE. OFENSA AO ARTIGO 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA PARTE ADVERSÁRIA. SENTENÇA ANULADA, DETERMINANDO O RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA O REGULAR PROSSEGUIMENTO DO FEITO. PRECEDENTES DO STJ E DESTE TRIBUNAL. APELO PROVIDO.

1. É FIRME A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO SENTIDO DE QUE HÁ DE SE FALAR EM OFENSA AO ARTIGO 398 DO CPC, QUANDO O DOCUMENTO NOVO ACOSTADO AOS AUTOS, ACERCA DO QUAL A PARTE ADVERSA NÃO FOI INTIMADA A SE PRONUNCIAR, FOI PREPONDERANTE PARA O DESLINDE DA CONTROVÉRSIA, COMO É O CASO DOS AUTOS.

2. Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0031001-75.2011.8.06.0001, em que figuram como apelantes: M. C. C. G. E V. C. G., REPRESENTADAS POR M. X. C. G. e, como apelado A. G. F.. ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Cível, interposta por M. C. C. G. e V. C. G., representadas por M. X. C. G.**,** em sede de Execução de Alimentos, em face de *decisum* de fls. 36/37, prolatado pelo Juízo da 14ª Vara de Família da Comarca de Fortaleza, que julgou extinto o presente procedimento executivo, por considerar que houve o pagamento da dívida, já que o executado juntou comprovante de depósito do valor cobrado.

Na exordial, as apelantes narram que estabeleceram acordo com o devedor da prestação alimentícia, fixando forma de pagamento em comum entendimento, e que o referido genitor ratificou o acordo compromissando-se a cumpri-lo.

O réu, ora apelado, apesar de regularmente citado, conforme certidão de fls.26, deixou transcorrer *in albis* o prazo de resposta.

Parecer ministerial às fls.29/30, opinando pela decretação da prisão civil do devedor de alimentos.

Manifestação do executado as fls. 31/35, na qual alega ter passado por dificuldades em sua vida pessoal e que, por isso, admite-se pagar algumas parcelas com atraso, mas não a mora que justifique o decreto de seu encarceramento. Na oportunidade, comprova o pagamento do valor de R$ 9.756,00 (nove mil setecentos e cinquenta e seis reais), a título de pensão alimentícia, com data de 12 de setembro de 2011.

Na sentença de fls. 36/37, o magistrado extingue o processo de execução, com base no artigo 794, I do CPC, por reconhecer a realização do pagamento da obrigação alimentícia.

Opostos embargos de declaração pelas exequentes, às fls. 42/46, os quais não foram acolhidos pelo juiz, conforme sentença às fls. 47/48.

As exequentes interpuseram recurso de Apelação às fls. 51/59, no qual afirmam ser nula a sentença, por não terem sido intimadas a se manifestar acerca do comprovante juntado pelo executado, já que o juiz extinguiu a execução, tendo como base apenas o argumento utilizado pelo apelado.

Não foram apresentadas as contrarrazões ao recurso apelatório.

É o breve relatório.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 21 de setembro de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, recebo o presente recurso, por estarem presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Passemos a analisar, primeiramente, a preliminar de nulidade de sentença arguida pelas exequentes.

Pelo que se pode extrair dos autos, o requerido não realizou o pagamento da pensão alimentícia às requerentes, referente ao mês de julho, o que ensejou a presente execução. Posteriormente, apesar de devidamente citado, não pagou o valor devido nem informou os motivos pelos quais deixou de fazê-lo, transcorrendo *in albis* o prazo de resposta.

Desta forma, a parte exequente solicitou a prisão do devedor de alimentos, sendo inclusive esta a posição adotada pelo Ministério Público, diante do inadimplemento por parte do executado, de acordo com o parecer às fls. 29/30.

Transcorrido certo lapso temporal, porém o promovido apresentou manifestação às fls. 33/35, na qual alega ter passado por dificuldades em sua vida pessoal e que, por isso, pagou algumas parcelas com atraso, mas que essa atitude, por si só, não justificaria a decretação de sua prisão. Ademais, apresentou um comprovante de pagamento no valor de R$ 9.756,00 (nove mil, setecentos e cinquenta e seis reais), como prova do adimplemento à obrigação alimentícia.

Assim, o douto magistrado prolatou a sentença às fls. 36/37, a qual extinguiu a execução, com arrimo no artigo 794, I do CPC, com base única e exclusivamente no comprovante de depósito colacionado pelo executado às fls. 35, sem, no entanto, intimar a parte adversa, para se manifestar acerca de tal documento.

Nesta linha, entendo por equivocada a decisão recorrida, *data venia*, já que o documento juntado, com relação ao qual a parte autora não obteve vista, influenciou diretamente no resultado do julgamento. Aliás, no caso dos autos, é mais do que incontroverso o fato de que o apelado procedeu à juntada de documento novo, com relação ao qual não foi aberta a oportunidade de manifestação às ora apelantes, ensejando a extinção da execução, por restar comprovado o pagamento da pensão alimentícia cobrada.

Neste caso, o juiz deveria ter intimado a parte adversa para se manifestar sobre o r. comprovante juntado, conforme prescreve o artigo 398 do CPC, *in verbis*:

> Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

Ademais, a fundamentação do *decisum* baseou-se única e exclusivamente neste documento, não tendo a parte autora qualquer acesso ou oportunidade de se manifestar sobre ele, ferindo, claramente, alguns princípios constitucionais, como o do contraditório e do devido processo legal.

Dessa forma, como bem pontuara o *parquet*, o que hei por bem acolher seu parecer, a nulidade neste caso torna-se flagrante, pelo fato de que a decisão recorrida utilizou como único fundamento para extinguir a presente execução o comprovante de pagamento apresentado pelo apelado. Isso, sem sombra de dúvida, trouxe prejuízos às exequentes, que tiveram seu direito de defesa cerceado.

É firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que há de se falar em ofensa ao artigo 398 do CPC, quando o documento novo acostado aos

autos, acerca do qual a parte adversa não foi intimada a se pronunciar, foi preponderante para o deslinde da controvérsia, como é o caso dos autos.

Assim tem entendido o STJ:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 398 DO CPC. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA NO STJ.
> 1. Caso em que se aduz que restou demonstrado o prejuízo efetivo e que o simples conhecimento do teor do documento não induz o afastamento da aplicação do art. 398 do CPC.
> Na espécie, o Tribunal a quo entendeu que deve ser afastada a aplicação do art. 398 do CPC, uma vez que não houve cerceamento de defesa da embargante. Ademais, a Corte de origem assentou que os documentos juntados pela Fazenda Pública em sua resposta ao recurso de apelação consistem em cópias de pedidos da própria embargante para que fossem aceitas as indicações do precatório em diversas execuções fiscais.
> A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não há falar em ofensa ao art. 398 do CPC se a juntada de documento novo não trouxe prejuízo à parte que, por sua vez, não havia sido intimada a pronunciar-se sobre ele. Precedentes: REsp 1050998/RN, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010; REsp 868.688/MG, DJ 22.10.2007; AgRg no Ag 782446/RJ, DJ 20.09.2007; REsp 902431/RS, DJ 10.09.2007; AgRg no REsp 514.818/MG, DJ 24/11/03.
> 4. Agravo regimental não provido.
> (1192564 PR 2010/0083040-1, Relator: Ministro BENEDITO GONÇALVES, Data de Julgamento: 21/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/10/2010)

> PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. RECUSA DA NOMEAÇÃO DE BENS PELO CREDOR. FACULDADE DA FAZENDA PÚBLICA. APLICAÇÃO DO ART. 659 DO CPC. VIOLAÇÃO AO ART. 657, PARÁGRAFO ÚNICO DO CPC. VERIFICADA. CUMPRE AO JUÍZO DA CAUSA DECIDIR AS QUESTÕES SUSCITADAS NO BOJO DA EXECUÇÃO FISCAL. ATUALIZAÇÃO DO DÉBITO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. DOCUMENTO IRRELEVANTE PARA O DESLINDE DA CAUSA E AUSÊNCIA DO PREJUÍZO ÀS PARTES. ART. 398 DO CPC.659CPC657PARÁGRAFO ÚNICOCPC398CPC
> 1. A Fazenda Pública tem a faculdade de rejeitar a nomeação de bens à penhora, principalmente em face da dificuldade de levar essas garantias oferecidas à liquidez e, com fundamento na antiga redação do art. 659 do CPC, requerer ao Juízo a diligência do Oficial de Justiça, para que penhore os bens necessários à satisfação da execução fiscal.659CPC
> 2. O Juízo da Execução Fiscal tem plena autonomia para decidir as questões suscitadas sobre a nomeação de bens à penhora. Inteligência do artigo 657, parágrafo único do CPC.
> 3. A nulidade do julgado, por suposta ofensa ao art. 398 do CPC, inocorre pela ausência de manifestação da executada diante da juntada de documento

> com a mera atualização do débito fiscal, salvo mediante a comprovação de efetivo prejuízo para os fins de justiça do processo, à luz do princípio *pas des nullités sans grief*. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 782.446/RJ, DJU 20.09.07; REsp. 878.472/BA, DJU 19.04.07 REsp. 438.188/MG, DJU 11.12.06; REsp. 222.785/RO, DJU 01.07.04; AgRg no Ag 525.813/SP, DJU 22.03.04 e REsp. 447.452/SP, DJU 23.06.03.398CPC Ag 782.446/RJ Ag 525.813/SP4. *In casu*, o Tribunal *a quo* anulou decisão do Juízo de primeiro grau, com fulcro no cerceamento de defesa, ao argumento de que à parte deveria ser oportunizada a manifestação acerca do documento de atualização de débito e aplicando, ainda, o art. 398 do CPC. Ainda observou que a inocorrência da indicação de bem pelo credor não autoriza a penhora de bens por ato do Oficial de Justiça. Acórdão que destoa da jurisprudência dessa Corte, ao passo que o documento novo acostado pela Fazenda Pública é desinfluentes para o desate da lide e não importou em prejuízo à parte. Por sua vez, é da competência do Juízo da execução decidir sobre a nomeação de bens à penhora e a necessidade de novas diligências do Oficial de Justiça.398, CPC
> 4. Recurso especial a que se dá provimento
> (841392 BA 2006/0086218-0, Relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 02/12/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2008)

Neste sentido, também tem se manifestado este Egrégio Tribunal:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ORDINÁRIA. JUNTADA DE DOCUMENTO ESSENCIAL PARA O DESLINDE DA CAUSA SEM INTIMAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. OFENSA AO ARTIGO 398 DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTRADITÓRIO E CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA DA PARTE ADVERSÁRIA. SENTENÇA ANULADA. PRECEDENTES.
> 1. Trata-se de questão referente à possibilidade de reajuste vencimental com fundamento no princípio da isonomia e em decisão judicial que favoreceu servidora pública apresentada pelos ora recorridos como paradigma, juntando fotocópia do contracheque desta à folha 61 como prova de suas alegações. 2. Não havendo o juiz intimado a parte contrária a se manifestar sobre a juntada de documento relevante que influencie ou sirva de fundamentação ao julgamento, a sentença será nula por violação ao contraditório (art. 5°, LV da CF/88), como de fato ocorreu.
> 3. Reexame Necessário não co4. Apelação conhecida e provida. Sentença anulada para retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento regular do feito. (TJCE - Apelação / Reexame Necessário 77349072200080600011 - **Relator(a):** FRANCISCO BARBOSA FILHO - 5ª Câmara Cível – Data de registro: 10/11/2011

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS POR UMA DAS PARTES. PROLAÇÃO, EM SEGUIDA, DE DECISÃO, SEM OPORTUNIZAR À PARTE CONTRÁRIA A PRÉVIA MANIFESTAÇÃO ACERCA DAQUELES. OFENSA AO CONTRADITÓRIO. PREVISÃO NORMATIVA CONTIDA

> NO ART. 398 DO CPC QUE NÃO RESTOU ATENDIDA NA ORIGEM. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
> 1. Nos termos do art. 398, do CPC, "Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias". Na espécie, a parte Agravante não teve oportunidade de se manifestar acerca dos documentos juntados pela parte contrária de modo a caracterizar-se ofensa ao art. 398, do CPC. Precedentes do STJ.
> 2. Agravo conhecido e provido para o fim específico de, confirmando medida de antecipação de tutela recursal, anular a decisão e determinar que o juízo de origem franqueie à parte contrária manifestar-se, querendo, e no prazo de 5 (cinco) dias, acerca dos documentos juntados, antes de decidir acerca da postulação acerca da nulidade da citação. (TJCE - Agravo de Instrumento 2947377200980600000 - R**elator(a):** MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA – 2ª Câmara Cível – Data de Registro: 01/03/2012

Assim, impõe-se a nulidade da sentença recorrida, por ter havido ofensa ao referido artigo do nosso diploma processual, para que se dê o regular prosseguimento ao feito pelo douto julgador *a quo*.

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da apelação cível interposta, para DAR-LHE PROVIMENTO, no sentido de anular a sentença atacada, determinando o retorno dos autos ao juízo de primeiro grau, para o regular processamento do feito, suprindo-se o vício apontado.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 21 de setembro de 2012.

PROCESSO Nº 0378583-32.2010.8.06.0001
NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: HIPÓLITO RODRIGUES DE PAULA FILHO.
APELADA: TIM CELULAR S/A.
AÇÃO DE ORIGEM: AÇÃO DE COBRANÇA.
LOCAL DE ORIGEM: 28ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA – CEARÁ.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: CIVIL. PROCESSO CIVIL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL RURAL PARA FINS COMERCIAIS. APLICABILIDADE DA LEI Nº 8.245/91. PRECEDENTES. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL PARA PROCEDER ALTERAÇÃO CONTRATUAL. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DA VIA PROCESSUAL PARA PROPICIAR REVISÃO DE ALUGUEL. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. EXTINÇÃO QUE SE IMPÕE. VINCULAÇÃO DE ALUGUEL A SALÁRIO MÍNIMO. VEDAÇÃO DA LEI DO INQUILINATO. APELO IMPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação cuja sentença extinguiu ação de cobrança de diferença de aluguéis em locação de imóvel rural por ausência do interesse de agir.
2. A locação de imóvel rural para fins comerciais está sujeita à aplicabilidade da Lei nº 8.245/91. Precedentes.
3. Embora eficaz para denunciação do contrato, a notificação extrajudicial, expedida de forma unilateral, não é apta a proceder revisão da locação, a qual, quase sempre, exige contraditório.
4. A Lei nº 8245/91 veda a vinculação do valor do aluguel em salários mínimos. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente recurso de Apelação Cível nº 0378583-32.2010.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Hipólito Rodrigues de Paula Filho contra sentença exarada pelo MM Juiz de Direito da 28ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará, em ação de cobrança que o apelante promoveu contra a apelada – fls. 114/121.

Quanto aos fatos, o autor ajuizou ação de cobrança de valores que entendeu devidos pela parte promovida, como locatária, referentes às diferenças de locação de imóvel rural de propriedade dele, autor.

A alteração contratual foi levada a efeito através de notificação extrajudicial, a qual, no entender do autor, aqui apelante, restou consolidada ante o silêncio da locatária.

A sentença atacada decidiu pela extinção do processo sem resolução do mérito por carência de ação motivada pela ausência de interesse processual do autor – fl. 107/110.

Como questão de fundo, o magistrado de primeiro grau decidiu que a notificação extrajudicial não possui o condão de alterar cláusula contratual sem prescindir da ação revisional, procedimento próprio para tal desiderato, além de considerar que o silêncio da notificada importa apenas em rejeição das condições propostas na comunicação do locador.

A decisão também refutou a vinculação do aluguel ao salário mínimo por imposição do art. 17 da Lei 8.245/91.

Em suas razões, o apelante discorre sobre os fatos mencionados e se insurge contra a decisão alegando, inicialmente, que o contrato se refere à imóvel rural, e, portanto, estaria sujeita à locação regulada pelo Código Civil, e não à Lei nº 8.245/91 sobre locação urbana.

Quanto à decisão vergastada, insiste o apelante em que houve aplicação imprópria da lei especial do inquilinato sobre o valor locatício, uma vez que não reconhece a vinculação disposta em seu artigo 17, destacando que o novo valor constituía mera equivalência em salários mínimos, além de ter sido proposto a título de informação.

O recorrente refuta a argumentação da sentença sobre a necessidade de ação própria para revisar aluguéis, porquanto entende que o termo do contrato extingue a cláusula que fixa seu valor. Discorre sobre os artigos 573 de 575 do Código Civil, em seu sentir, aplicáveis à espécie, e afirma a possibilidade da renovação pretendida pelo que dispõe a cláusula segunda sobre o termo do contrato.

Por derradeiro, o apelante ressalta haver inegável interesse jurídico e econômico na causa em razão da natureza locativa reconhecida pelas partes, e que o magistrado, antes de rejeitar ou acolher o pedido, deveria ter esclarecido a relação jurídica válida, se renovação do contrato ou prorrogação da locação. Requer, então, o provimento do recurso.

Contrarrazões da parte apelada, pugnando pela correção da sentença, porquanto reconhece a celebração do contrato e a recepção da notificação, mas ratifica o entendimento de que seu silêncio demonstra mera recusa às condições propostas, como também a inadequação da via eleita para discutir a continuidade da locação.

A empresa recorrida alega também a impossibilidade de julgamento do mérito da questão em nível recursal por caracterizar supressão de instância, uma vez que, sendo provido o recurso, a questão deve ser revista pelo juiz monocrático por depender de instrução.

Requer, então, o improvimento do recurso ou, caso haja a reforma da sentença, que o processo seja devolvido a instância própria para seu total deslinde, incluindo matéria de fato passível de comprovação.

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

Trata-se, no caso, de recurso de apelação interposto por Hipólito Rodrigues de Paula Filho, irresignado com a decisão judicial de primeiro grau que extinguiu o processo sem apreciação do mérito, por reconhecer a carência da ação.

O magistrado de primeiro grau fundamentou sua decisão na ausência de interesse no feito, por entender que a notificação extrajudicial não é documento hábil para alteração de contrato de locação, na forma pretendida pelo apelante.

O apelante, então, se insurge contra a decisão alegando, como fundamento principal, a impropriedade da aplicação da lei do inquilinato à espécie, e suas implicações, como a vedação para vincular valores locatícios ao salário mínimo e a impossibilidade de discutir cláusula extinta em decorrência do termo do contrato, através da ação revisional.

Restringe-se então o recurso em, basicamente, definir a lei a ser aplicada ao caso para aferir a legalidade da sentença.

Neste tocante, o apelante alega que, por se tratar de imóvel rural, a locação celebrada estaria sujeita às regras contidas no Código Civil, mais precisamente no capítulo nominado "Da locação de coisas" (artigos 565/578).

A princípio, cabe destacar que a locação urbana foi remetida ao regramento da lei especial nº 8.245/91, cuja vigência restou consolidada pelo artigo 2.036 do novo Código Civil, o qual estabelece o seguinte: "A locação de prédio urbano, que esteja sujeita à lei especial, por esta continua a ser regida".

Com isso, a lei do inquilinato continua em vigor e, na qualidade de norma especial, mantém a regência sobre a matéria de locação de imóveis urbanos, matéria que não foi abrangida pelo Código Civil.

A mesma lei adverte acerca das modalidades de locação que serão regidas pelo Código Civil e leis especiais, como se extrai de seu artigo 1º, parágrafo único, o qual expressa o seguinte:

> "Parágrafo único: Continuam regulados pelo Código Civil e pelas leis especiais:
> a) as locações:
> 1. de imóveis de propriedade da União, dos Estados e dos Municípios, de suas autarquias e fundações públicas;

> 2. de vagas autônomas de garagem ou de espaços para estacionamento de veículos;
> 3. de espaços destinados à publicidade;
> 4. em apart-hotéis, hotéis – residência ou equiparados, assim considerados aqueles que prestam serviços regulares a seus usuários e como tais sejam autorizados a funcionar;
> b) o arrendamento mercantil, em qualquer de suas modalidades."

Da mesma forma, a interpretação doutrinária dispõe sobre as locações acobertadas pelo Código Civil, restringindo as modalidades ali inseridas, como reproduzido adiante.

> "Destarte, o Código Civil regula a locação de vagas autônomas de garagem; espaços destinados à publicidade; locação de apart-hotéis, hotéis - residência ou equiparados (além da aplicação de normas do CDC); e formas de locação que não tenham sido objetos de regulamentação por legislação própria. Além de estabelecer normas genéricas para o tratamento de espaço legislativo olvidados por microssistemas – sobretudo quanto à locação de bens móveis em que não exista relação de consumo -, não se olvide de que subsidiariamente a lei civil também será aplicada àqueles casos de omissão na norma de regência específica. Outrossim, excluem-se do Código Civil as locações de imóveis rurais (arrendamento rural, Lei nº 4.504/64 – Estatuto da Terra); locação de bens públicos (Decreto-lei nº 9.760/46); e o arrendamento mercantil (*leasing*), posto que é submetido à Lei nº 6.099/74 e resoluções do Banco Central". (Destaquei). (Rosenvald, Nélson; em Código Civil Comentado; Coordenador: Cezar Peluso; 3ª ed. rev. e atual.; Barueri SP; Ed. Manole; 2009; p. 580).

Depreende-se, então, que a locação de imóveis rurais não está inseridas na relação de casos acobertados pelo Código Civil, por determinação da lei do inquilinato através do mencionado artigo 1º, parágrafo único. A interpretação doutrinária atribui regra especial contida no Estatuto da Terra, acerca da locação do imóvel rural.

Entretanto, para melhor compatibilização da legislação a ser aplicada é mister que se analise a destinação do imóvel rural, cuja caracterização não prescinde de sua utilização.

Verifica-se, então, que a própria natureza do imóvel rural alcançado pelas regras do Estatuto da Terra difere da relação negocial aqui apresentada, porquanto a cessão locatícia inserida no referido Estatuto refere-se à parceria agrícola, pecuária, agro-industrial e extrativa, conforme estabelecido em seu art. 92, o que não é o caso dos autos.

A presente situação posta em análise demonstra que a cessão do imóvel rural se deu para fins comerciais, porquanto a empresa locatária instalou equipamentos com intuito de prestar serviço telefônico através da transmissão de sinais para os aparelhos que vende.

Neste sentido, considerando a utilização do imóvel rural para fins comerciais, a jurisprudência pátria se firmou quanto à aplicação da Lei nº 8.245/91 para deslinde da matéria, como reproduzido adiante.

> "Ementa: Apelação Cível. Locação comercial e residencial. Imóvel situado em zona rural. Ação de Despejo por denúncia vazia. Ônus da prova. Caso concreto. Preliminar de nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Indeferimento da prova pericial. Aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 à espécie. Possibilidade. Benfeitorias. Indenização. Descabimento. A retenção e indenização das benfeitorias pressupõe o necessário consentimento prévio e expresso do locador para a sua realização. Rejeitada a preliminar, negaram provimento ao recurso. Unânime." (Destaquei). (TJRS; Apelação Cível nº 70044216869; Rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcellos; Órgão: 15ª Câmara Cível; Julgado em 23/11/2011; Fonte: DJ 24/11/2011).

Portanto, tendo em vista as decisões aqui colacionadas, em se tratando de locação de imóvel rural para fins comerciais, a legislação aplicável à espécie é a Lei nº 8.245/91.

Dito isto, pelas razões do recurso o apelante informa a renovação da locação através da notificação extrajudicial, como permitido pela cláusula segunda do contrato, na qual entende como aceita a condicionante imposta acerca da majoração do valor do aluguel, ante o silêncio da locatária, aqui apelada.

Considera a definitividade do acerto pela máxima "quem cala, consente".

Embora a lei mencionada faculte ao locatário o direito de renovação da locação (art. 51), cabendo ao locador alegar apenas necessidade de obra por determinação do poder público ou uso próprio para não se obrigar à renovação (art. 52), entendo superada a prorrogação do contrato, não pelo silêncio da locatária, mas pela aceitação dos contratantes, conforme se extrai das razões e das contrarrazões do recurso.

Assim, a notificação na forma realizada demonstrou a intenção do locador em apenas alterar o valor locatício, restringindo-se, então, a demanda recursal em conferir sua legitimidade para alcançar tal desiderato.

Cediço que a comunicação extrajudicial se constitui em documento hábil para denunciação do contrato em casos tais. Entretanto, como bem definido pela decisão atacada, este não me parece o meio adequado para efetivação da modificação pretendida.

É que a lei do inquilinato estabelece, dentre os procedimentos usuais para questões locatícias, a ação Revisional de Aluguel para dirimir as questões pertinentes aos novos valores pretendidos, mormente em situações de término ou renovação contratual.

A necessidade do ajuizamento da ação, no presente caso, decorre da insatisfação do locador em detrimento da resistência da locatária. Ora, se a situação caracteriza pretensão resistida, não se mostra razoável que se considere solucionada definitivamente apenas com a imposição unilateral do locador através de mera notificação.

Entendo que seja imprescindível o contraditório, uma vez que, quase sempre, há divergência quanto ao real valor da locação, o qual necessitaria de instrução, ou mesmo consenso, para sua fixação, o que só se concretizaria através do processo.

Por outro lado, a análise do interesse de agir, como condição da ação, deve considerar o resultado útil do processo e, mais, que em cada caso concreto a prestação jurisdicional solicitada seja *necessária*, ou seja, que haja absoluta intervenção estatal para a solução do conflito, ou *adequada*, com a utilização compatível do procedimento correto para obtenção do provimento jurisdicional.

A sentença vergastada, analisando o interesse de agir do autor, aqui apelante, considerou a necessidade de ajuizamento da ação própria para propiciar a cobrança pretendida, uma vez que a mera comunicação não é instrumento apto a constituir em mora a locatária sem uma efetiva alteração do contrato para definir os valores que, agora, pretende reaver.

Portanto, neste ponto a decisão não merece reforma.

Ademais, deve-se ainda considerar a insurgência do apelante quanto à vinculação da locação, cujo argumento expõe a pretensão de condicionar o novo valor "ao equivalente a cinco salários mínimos". (destaque dele, apelante) – vide fl. 119.

Analisando a notificação inserida nos autos (fl. 08), sua parte final expressa o seguinte: "Dito isso será interessante a renovação, do contrato supra citado, pelo valor de 05(cinco) salários mínimos atualizados na data da futura renovação." (sic).

Colocada desta forma não me parece que a pretensão do apelante seja apenas de demonstrar equivalência de algum outro valor a cinco salários mínimos.

Não há qualquer termo comparativo para caracterizar mera informação de equivalência entre valores. Com efeito, a quantidade de salários mínimos deve corresponder, afinal, a uma quantia, mas aqui, o que se pretende é que o valor do aluguel seja de cinco vezes o salário mínimo vigente, inclusive com previsão de atualização "na data da futura renovação".

Assim, tendo em vista a aplicação da Lei nº 8.245/91 à espécie, sobressai a vedação contida em seu artigo 17 quanto à vinculação verificada, como discorrido na decisão apelada.

Ressalto, ainda, que, embora mereça análise por se constituir em argumento recursal, dita vinculação não mais prevalece por estar expressa em documento inadequado para propiciar a alteração contratual na forma pretendida pelo recorrente.

Portanto, considerando tudo o que foi exposto, conheço do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, por reconhecer a ausência do interesse de agir como estabelecido na sentença, a qual deve ser mantida em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2013.

PROCESSO Nº 0038155-57.2005.8.06.0001/0.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: INÁCIO SIMPLÍCIO JANUÁRIO.
APELADO: ESTADO DO CEARÁ.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRISÃO ILEGAL. INQUÉRITO REALIZADO NO ÂMBITO DA POLÍCIA FEDERAL. COMPETÂNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. IMPROCEDÊNCIA ANTE A AUSÊNCIA DE INTERESSE DA UNIÃO. ART. 109, CF. PRELIMINAR REJEITADA. NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 93, IX, CF E ARTS. 165 E 458, CPC. RECONHECIMENTO *EX OFFICIO*. RETORNO DOS AUTOS À INFERIOR INSTÂNCIA. PROLAÇÃO DE NOVO DECISÓRIO MOTIVADO. RECURSO PREJUDICADO.

1- A competência da Justiça Estadual é residual, restando à Justiça Federal as matérias consignadas no art. 109 da Lei Fundamental. Inexiste o interesse da União em intervir no feito em questão, ainda mais com base unicamente no fato de que foram policiais federais, e não policiais civis ou militares, que procederam às investigações e à prisão e lavratura do auto de flagrante delito do apelante. Tampouco se trata da apuração de ilícito federal, cujo processamento se daria no âmbito daquela Justiça, ou de infração penal praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. Afastada a prejudicial de incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar a presente demanda civil fundada na responsabilidade objetiva do Estado.

2- Nada obstante mencione o decisório singular a ausência de provas, em momento algum a Magistrada *a quo* faz alusão a quaisquer dos elementos documentais coligidos aos autos, limitando-se a transcrever trechos da inicial (sequer existentes) e da contestação, citando posteriormente arestos de jurisprudência que igualmente nada dizem com a causa *sub examine*, é dizer, com a responsabilidade civil do Estado oriunda da prisão supostamente ilegal do recorrente, sem,

no entanto, declinar as razões do seu convencimento, não havendo realizado qualquer análise das questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes.
3- Evidenciada a ocorrência de vício insanável, impõe-se a declaração de nulidade *ex officio* do ato judicial, devendo os autos retornar à primeira instância para que nova sentença seja proferida, desta feita em consonância com os ditames constitucionais e legais pertinentes.
4- Recurso prejudicado.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em rejeitar a preliminar de incompetência absoluta e em reconhecer *ex officio* a nulidade da sentença, para determinar o retorno dos autos à primeira instância, a fim de que outra seja prolatada, e declarar prejudicado o apelo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Inácio Simplício Januário, ante a sentença proferida pela Juíza da 6ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, na qual, em sede de ação indenizatória por danos moral e material, julgou improcedente o pedido de ressarcimento porquanto "patente a ausência de prova no que pertine à comprovação de que o ato judicial era doloso ou fraudulento" (fls. 145-150).

Embargos de declaração opostos pelo Estado do Ceará às fls. 152-153, provido às fls. 154-155, para condenar a parte autora em custas processuais e verba honorária fixada em mil reais (R$ 1.000,00), na forma do art. 20, § 4º, CPC, restando suspensa a sua exibilidade, em razão da concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

Em razões recursais (fls. 159-177), argumenta o recorrente haver provas suficientes nos autos de que sofreu constrangimento ilegal quando de sua prisão, o que se pode constatar mediante o auto de prisão em flagrante, a denúncia, a sentença absolutória e o alvará de soltura após um ano, dois meses e sete dias preso ilegalmente por haver supostamente incorrido no delito tipificado no art. 12 da Lei 6.368/1976 (tráfico de drogas).

Invoca os arts. 5º, incisos V, X, e 37, §6º, da Constituição da República; e 186, 187 e 927, p. ún., e 929, do Código Civil, entre outros, bem como a responsabilidade civil objetiva do Estado, ao asseverar a ocorrência de dano moral consistente na limitação de sua autoestima, a repercutir na sua saúde física, na falta de confiança pessoal e

profissional, na ausência da cooperação de familiares e amigos, em virtude da formal acusação de tráfico de drogas, além da crítica de seus filhos, na inviabilidade de obter emprego em razão de seus antecedentes e na negativa de crédito por parte de instituições financeiras, tudo a implicar-lhe sofrimento e dor moral.

Intimado a contra-arrazoar (fl. 180), fê-lo o Estado do Ceará às fls. 181-202, requerendo, em preliminar, a inclusão na lide da União como litisconsorte necessário passivo, suscitando, por conseguinte, a incompetência da Justiça Comum para processar e julgar o feito, visto terem sido agentes policiais federais que cumpriram o mandado de prisão em flagrante contra o apelante e seus conhecidos.

No mérito, defende que a prisão do recorrente deu-se dentro da legalidade e no estrito cumprimento do dever legal, tendo o Magistrado singular que proferiu sentença no processo criminal manifestado a sua plena convicção na participação do suplicante no fato ilícito de tráfico de entorpecentes, "deixando-o de condenar pelo fato de que o princípio da persuasão racional do juiz na valoração das provas e no fundamento de suas decisões lhe impunha a necessidade de elementos probatórios mais robustos, tendo em vista as peculiaridades do processo criminal" (fl. 187).

Refere, ademais, a ausência de nexo de causalidade entre o suposto ato ilícito e o proclamado dano, uma vez que "não houve exposição gratuita da imagem do autor decorrente de atitude de agente do poder público", mas, "ao contrário, no espaço de tempo em que ficou legalmente preso, o autor teve sua integridade física e moral preservada pelas autoridades públicas competentes" (fl. 189).

Por fim, refuta a existência, na espécie, de responsabilidade civil objetiva do Estado em face de atos jurisdicionais, não havendo confundir a absolvição do acusado por ausência de provas (art. 386, VI, CPP) com o erro judiciário do art. 5º, LXXV, CF, bem como afirma a inocorrência de danos materiais, dada a inexistência de provas quanto à suposta remuneração do apelante.

Com vista dos autos, a d. representante do Ministério Público, em parecer de fls. 211-214, opina pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

Fortaleza, 21 de fevereiro de 2013.

VOTO

Há questões de ordem pública a ser dirimidas previamente e *ex officio*.

Com respeito à aventada preliminar de chamamento ao processo da União como litisconsorte ativo necessário e, por conseguinte, da declaração de incompetência absoluta da Justiça Comum Estadual para processar e julgar o feito, sob o argumento de que a prisão do apelante ter-se-ia dado por agentes federais, há de se esclarecer que a competência da Justiça Estadual é residual, restando à Justiça Federal as matérias consignadas no art. 109 da Lei Fundamental.

Ora, a toda prova não se identifica o interesse da União em intervir no feito em questão, ainda mais com base unicamente no fato de que foram policiais federais, e não policiais civis ou militares, que procederam às investigações e à prisão e lavratura do auto de flagrante delito do requerente (apelante).

Tampouco se tratou da apuração de ilícito federal, cujo processamento se daria em vara da Justiça Federal, ou de infração penal praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, tendo sido a denúncia ofertada pelo Ministério Público do Estado do Ceará (fls. 36-40, denúncia) e recebida pelo Juiz da 1ª Vara de Delitos sobre Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza (CE), foro em que teve curso o processo-crime.

Assim, por não antever o interesse da União em participar no presente feito na condição de litisconsorte passivo necessário, afasto a prejudicial de incompetência absoluta da Justiça Estadual para processar e julgar a presente demanda civil fundada na responsabilidade objetiva do Estado.

Ainda sem adentrar o mérito e passando em revista os autos digitais, constato da sentença (fls. 145-150) que, embora invoque a Magistrada *a quo* alguma jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, acerca da responsabilidade civil decorrente da atividade jurisdicional do Estado, o decisório mencionado é despido da imprescindível fundamentação, como se depreende de sua leitura, *in verbis*:

> Vistos, etc...
> INÁCIO SIMPLÍCIO JANUÁRIO, qualificado nos autos, propôs Ação Ordinária de Indenização C/C Reparação de Danos Morais e Materiais e Preceito Cominatório, contra o ESTADO DO CEARÁ.
> Narra na inicial:
>
> O pressuposto do Requerido, Membro do Ministério Público Estadual, atuando na Comarca de Uruoca, confessou que o Autor da presente Ação, escreveu na defesa de um seu cliente a seguinte manifestação: *temeridade enfeixar as mãos de jovens rapazes, muitos deles portadores de frágil educação doméstica e rara experiência (sic), os poderes inerentes ao "Ministério Público", expressões citadas pelo eminente congressista brasileiro, Ulisses Guimarães.*
> Diante da citatória acima, o Promotor de Justiça da referida Comarca Cearense, insurgiu-se contra o Requerente e Representou Criminalmente por Crime de Desacato previsto no Art. 331 do CP, junto ao Juiz da Comarca já indicada, cuja peça representativa foi recebida no dia 19 de dezembro de 2002, assim como também o representou perante a OAB/CE, secção do Ceará, Processo 0085/2003, conforme tudo se vê por meio das cópias documentais em anexo.
> Instaurados os respectivos procedimentos, iniciou-se a luta do Suplicante, ora para atender as audiências judiciais lá na Comarca de Uruoca, ora para se defender perante o Conselho Disciplinar da OAB/Ce, embates que lhe custaram desgastos financeiros, sociais, profissionais e muitos Danos Morais, por ofensa a sua intimidade, sua imagem e idoneidade de advogado

de conduta ilibada em quase meio século somente nesta urbe alencarina.
Quanto a ação criminal que lhe impôs a condição de acusado/réu, esta só teve fim quando, em 05/02/2004, a Arquivamento do referido processo-crime que sofria o Demandante, solicitação esta, feita pelo próprio Ministério Público Estadual, através de um de seus membros, como forma insofismável de reconhecimento do enorme erro cometido por um de seus pares.

Citado, o ESTADO DO CEARÁ apresentou a sua Contestação alegando:

O autor vem sendo prejudicado moralmente e materialmente, desde o dia 05 de fevereiro de 2004, em virtude de atos ilegais e abusivos do Poder Público, quando foi preso e autuado em Flagrante delito, no dia 05 de fevereiro de 2004, sendo ofertada contra sua pessoa DENÚNCIA CRIME por infração do artigo 12 c/c artigo 18, todos da lei 6368/76 (tráfico de drogas), perante o juízo da 1ª Vara de Tóxicos, sob o nº 2004.01.0804-6.
Interrogando perante a autoridade judiciária, o Requerente negou a autoria delitiva.
Os autos do processo criminal teve o seu trâmite normal. Finda a instrução processual, a MM Juíza da 1ª Vara de Delitos Sobre o Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza, na data de 22 de abril de 2005, prolatou sentença de mérito onde a ABSOLVEU o Requerente com base no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, tudo devidamente comprovado através da documentação anexa.
Referida sentença transitou julgado.
Mas como diz o ditado "A JUSTIÇA TARDA MAIS NÃO FALHA".
Em face do referido procedimento criminal, o Autor passou a ser perseguido de maneira cruel e sistemática por motivação desconhecida.
Tal perseguição foi com vedetismo e teatralidade visíveis e de forma deliberada, pois foram fornecidas informações distorcidas à imprensa policial desta cidade, resultando nas publicações na mídia, inclusive nos Programas de televisão como locais, escritos e televisivos, que oportunamente serão acostados aos autos no curso da instrução processual.

Citado, o ESTADO DO CEARÁ contestou a ação:

Antes de demonstrarmos os fundamentos jurídicos que levam a improcedência do pedido autoral, é necessário que se façam as devidas retificações na narrativa autoral, a fim e esclarecer este juízo acerca da verdade dos fatos.
É bem verdade que a prisão em flagrante do autor ocorreu, não se negando a conduta dos agentes públicos policiais devidamente documentada através da cópia da denúncia, do auto de prisão em flagrante, da sentença e da cópia dos alvará de soltura anexadas as autos.
No entanto a prisão e flagrante do demandante pelo órgão jurisdicional competente e pelo oferecimento de denuncia criminal pelo Ministério Público Estadual, não sendo a mesma capaz de configurar a ocorrência de qualquer dano de ordem mora ou patrimonial do autor, a embasar a exorbitante indenização perseguida.

Réplica à Contestação (fls. 93 a 102).
Parecer do Ministério Público.
Relatados. Decido.

SINÓPSE FÁTICA.

Trata-se de uma ação de danos morais movida por INÁCIO SIMPLÍCIO JANUÁRIO contra o ESTADO DO CEARÁ; face aos atos ilegais e abusivos do Poder Público quando foi preso e autuado em Flagrante delito, no dia 05 de fevereiro de 2004, sendo ofertada contra a sua pessoa a DENÚNCIA CRIME por infração 12 c/c artigo 18, todos da lei 6368/76 (tráfico de afogas).
O ESTADO DO CEARÁ descarta toda e qualquer responsabilidade de sua parte alegando que a atuação estatal ocorreu no estrito cumprimento do dever legal.

DO DIREITO

Os atos do Judiciário, dentre eles, a sentença só geram indenização pelo Estado, quando se evidencia o dolo ou a fraude, se não vejamos decisão dos tribunais:

JURISPRUDÊNCIA

As falhas do juiz, ou do Judiciário, ainda que culposas, não geram por si só responsabilidade civil, pois o que o dano indenizável deve provir de dolo ou fraude. A escusabilidade política do juiz e Estado na prestação falível dessa função essencial anda é maior, se a própria parte não diligencia na evitação do ato e seus efeitos (TJRS- 2ª C.- j. 19.12.79- AJURIS 19/114).
A atividade jurisdicional do Estado, manifestação de sua soberania, só pode gerar responsabilidade civil quando efetuada com culpa, em detrimento dos preceitos reguladores da espécie (STF- 2ª T., j. 2206.66-RF 220/105).
A não ser em casos expressamente declarado em lei, o Estado não é civilmente responsável, pelo atos do Poder Judiciário (TJSP- RDA 50/239)
O ESTADO não responde pelos prejuízos decorrentes de atos judiciais (STF-RDA 105/217)

SOBRE DANOS MORAIS

JURISPRUDÊNCIA

Neste sentido já se decidiu:

Indenização por dano moral. Exigência de que a conduta censurada manifeste conteúdo prejudicial. Para a reparação por dano moral, não basta a comprovação dos fatos que contrariam o autor. É mister que deles decorra prejuízo à sua honrabilidade, o que se pertine indenizar não é o dissabor experimentado nas contingências da vida, mas as invectivas que aviltam

> a honra alheia, causando dano efetivo (TJDF-APC-4502897/DF, 4ª Turma Cível-Rel. Des. Edson Alfredo Smaniotto- j. Em 24.11.1997- v.u.).
>
> **DISPOSITIVO**
>
> ***IN CASU* é patente a ausência de prova no que pertine a comprovação de que o ato judicial era dolo ou fraudulento.**
> **Ante o exposto julgo IMPROCEDENTE a ação de reparação de danos que INÁCIO SIMPLÍCIO JANUÁRIO propôs contra o ESTADO DO CEARÁ**.
>
> Publique-se. Registre-se. Intime-se.
>
> Fortaleza, 17 de dezembro de 2008.
>
> NÁDIA MARIA FROTA PEREIRA
> Juíza de Direito Auxiliar da 6ª Vara da Fazenda Pública

Como visto, nada obstante mencione o decisório acima transcrito a ausência de provas sobre a comprovação de que o ato judicial era doloso ou fraudulento, em momento algum a Magistrada singular faz alusão a quaisquer dos elementos de prova coligidos aos autos pelo requerente (apelante), limitando-se a transcrever trecho (sequer existente) da petição inicial e da contestação, citando posteriormente arestos de jurisprudência que igualmente nada dizem com a causa *sub examine*, ou seja, com a responsabilidade civil do Estado oriunda da suposta prisão ilegal do recorrente, sem, no entanto, declinar as razões do seu convencimento, não havendo realizado qualquer análise das questões fáticas e jurídicas suscitadas pelas partes.

Observa-se, sem quaisquer dúvidas, que realmente não foram expostos os fundamentos que levaram a Julgadora *a quo* a entender inexistentes elementos de prova necessários ao reconhecimento da proclamada reparação civil.

A ausência de fundamentação em *decisum* judicial acarreta nulidade absoluta, não sujeita a preclusão ou convalidação, podendo ser pronunciada a requerimento das partes ou de ofício pela Corte Revisora.

É que a Constituição Federal, no seu art. 93, inciso IX, em observância ao princípio do devido processo legal, adotado no art. 5º, inc. LIV, estabelece que todas as decisões do Poder Judiciário têm de ser motivadas, sob pena de nulidade.

Não há, assim, no ordenamento jurídico pátrio (arts. 161 e 458, CPC) espaço para as decisões não fundamentadas ou apenas aparentemente motivadas.

Sobre o assunto, eis o magistério de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

> […] As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. **O juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação**

> **(CF, art. 93, IX)**. **Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação**. […]
> (Cf. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. rev., ampl. e atual. até 17.2.2010. São Paulo RT, 2010, p. 454).

Desta feita, não se deve confundir decisão motivada de forma concisa, com ausência ou mera aparência de motivação. Mesmo breve ou sintético, o decisório não poderá preterir a exposição dos elementos caracterizadores do convencimento do juiz, sob pena de nulidade. A jurisprudência é pacífica nesse sentido, *in verbis*:

> […]
> A FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUI PRESSUPOSTO DE LEGITIMIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS. - **A fundamentação dos atos decisórios qualifica-se como pressuposto constitucional de validade e eficácia das decisões emanadas do Poder Judiciário. A inobservância do dever imposto pelo art. 93, IX, da Carta Política, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial**. Precedentes.
> (STF, HC 80892, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 16/10/2001, DJe-147 DIVULG 22-11-2007 PUBLIC 23-11-2007 DJ 23-11-2007 PP-00115 EMENT VOL-02300-02 PP-00392)

> […]
> 1. **A fundamentação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do artigo 93 da Constituição da República, constitui-se em condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto da sua eficácia, substanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes**.
> […]
> (STJ, REsp 931151/RJ, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 29/09/2008).

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. AUSÊNCIA DE RELATÓRIO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NULIDADE CONFIGURADA (ARTS. 165 E 458, DO CPC, E 93, IX, DA CF/88). PRELIMINAR ACOLHIDA. PROVIMENTO DO RECURSO ORDINÁRIO.
> 1. **Nos termos dos arts. 165 e 458 do Código de Processo Civil, são requisitos essenciais da sentença o relatório, os fundamentos e o dispositivo**. Na hipótese examinada, não foi lavrado o relatório do acórdão que julgou o mandado de segurança impetrado pela ora recorrente, do qual somente constou a fundamentação e a parte dispositiva do julgado.
> 2. O relatório é requisito essencial e indispensável da sentença e a sua ausência prejudica a análise da controvérsia, suprimindo questões fundamentais para o julgamento do processo. **Tal consideração impõe o reconhecimento da nulidade do julgado impugnado, em manifesta**

> **violação dos arts. 165 e 458, do Código de Processo Civil, e 93, IX, da Constituição Federal**.
> 3. Precedentes do STJ.
> 4. Provimento do recurso ordinário em mandado de segurança.
> (STJ, RMS 20078/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 186).

Diante dos fundamentos acima expendidos, reconheço a competência da Justiça Estadual e, em face da violação expressa dos arts. 93, IX, da Constituição Federal e 165 e 458 do Código de Processo Civil, declaro, *ex officio*, a nulidade da sentença de fls. 145-150, determinando o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja proferida nova decisão, observando-se, desta feita, a exigência constitucional e legal da motivação.

É como voto.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0437847-29.2000.8.06.0001
APELANTE: SJ ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS LTDA.
APELADO: MOACIR GONÇALVES JÚNIOR
LOCAL DE ORIGEM: 13ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
AÇÃO DE ORIGEM: COBRANÇA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEL PARA LOCAÇÃO. CLÁUSULA DE GARANTIA *"DEL CREDERE"*. DÉBITOS DEIXADOS PELOS INQUILINOS – RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRADORA. SENTENÇA MANTIDA.

1. As partes estabeleceram em contrato de administração de imóvel cláusula de garantia *"del credere"*, mediante a qual a administradora/apelante se compromete a antecipar ao proprietário do imóvel/apelado, no dia 10 (dez) de cada mês, a quantia referente ao aluguel, deduzida a sua remuneração, independente de receber referido valor do locatário. Por outro lado, sub-roga-se no direito de cobrar dos inquilinos e de seus fiadores as parcelas em atraso.

2. Não é razoável que por 05 (cinco anos) a empresa recorrente, apesar de repassar mensalmente os valores dos aluguéis ao apelado, negligencie a cobrança de quem efetivamente era devedor (inquilinos), e, posteriormente, impute ao proprietário do imóvel a obrigação de lhe ressarcir. A permitir tal situação, de nada valeria a garantia oferecida inicialmente.

3. Por outro lado, cabe à apelante, na condição de administradora do imóvel, cercar-se de cuidados e exigir dos pretensos inquilinos garantias pecuniárias (caução, fiança) antes de alugar o imóvel. Com isso, estaria resguardada de eventuais situações de inadimplência dos locatários.

4. Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação nº 0437847-29.2000.8.06.0001, 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 à apelação interposta, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pela SJ Administração de Imóveis Ltda. contra a sentença proferida pelo Juízo da 13ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente o pedido formulado na Ação de Cobrança ajuizada em desfavor de Moacir Gonçalves Júnior.

Na exordial, a SJ Administração de Imóveis Ltda. afirma ter celebrado contrato de administração de um imóvel pertencente ao réu, estabelecendo uma cláusula *"del credere"*, mediante a qual antecipava ao proprietário o valor do aluguel do imóvel administrado, independente do pagamento por parte do locatário.

Alega que o referido contrato foi rescindido, pois o imóvel em alusão foi arrematado por terceiro em leilão judicial, e o novo proprietário não manteve a empresa promovente na administração do bem.

Pleiteia, então, os valores adiantados ao réu, dos quais não foi integralmente ressarcida por conta da rescisão contratual.

Por sentença acostada às fls. 256/260, o Juízo *"a quo"*, entendendo não terem sido comprovados os fatos articulados na exordial, julgou improcedente o pedido.

Irresignada com a referida decisão, a promovente apresentou recurso de apelação, em cujas razões de fls. 262/272 defende a reforma da sentença, afirmando que comprovou nos autos o adiantamento ao apelado dos valores afirmados na inicial, bem como o inadimplemento dos locatários que passaram pelo imóvel.

Reitera que a rescisão do contato de administração lhe impossibilitou recuperar seus créditos perante os devedores.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 279/283) pugnando pelo improvimento do recurso.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos.

Consoante se afere dos autos, a autora, ora apelante, administrava imóvel de propriedade do réu/apelado. Para tanto, firmaram contrato em que a cláusula terceira estabelece uma garantia para o proprietário do imóvel, nos seguintes termos:

> "**Cláusula Terceira** – Pela cláusula 'del credere' aqui estipulada a ADMINISTRADORA garante ao (a) PROPRIETÁRIO (A) o pagamento dos alugueis dos imóveis cuja locação foi contratada sob sua responsabilidade,

> diante da insolvabilidade e da impontualidade dos inquilinos. Em consequência da garantia ora constituída, a ADMINISTRADORA pagará ao (a) PROPRIETÁRIO (A), no dia dez (10) de cada mês, o valor do aluguel referente ao mês vencido, deduzida a sua remuneração prevista na Cláusula Sétima."

O mesmo contrato estabelece (Cláusula Quinta), em consequência da garantia contida na cláusula *"del credere"*, que "a ADMINISTRADORA se sub-rogará, legal e expressamente, em todos os direitos, ações, privilégios e garantias do (a) PROPRIETÁRIO (A) contra os inquilinos e seus fiadores, podendo inclusive agir em seu próprio nome, em juízo ou fora dele".

Assim, a obrigação da apelante era pagar ao apelado, no dia 10 (dez) de cada mês, a quantia referente ao aluguel do imóvel, deduzida a sua remuneração, independente de receber referido valor do locatário (Cláusula Terceira). Por outro lado, sub-roga-se no direito de cobrar dos inquilinos e de seus fiadores as parcelas em atraso (Cláusula Quinta).

A apelante pleiteia o ressarcimento de despesas não pagas pelos inquilinos nos anos de 1995, 1996, 1998 e 1999. Ora, a cláusula *"del credere"* estabelecida pelas partes é uma garantia que a administradora oferece ao proprietário do imóvel posto a locação, mediante o pagamento de comissão diferenciada, no presente caso 12% (doze por cento).

Por óbvio que tal avença lança sobre a administradora do imóvel a responsabilidade pelo recebimento dos encargos da locação, e isso também consta do contrato celebrado entre as partes. Dessa forma, não me parece razoável que por 05 (cinco anos) a empresa recorrente, apesar de repassar mensalmente os valores dos aluguéis ao apelado, negligencie a cobrança de quem efetivamente era devedor (inquilinos), e, posteriormente, impute ao proprietário do imóvel a obrigação de lhe ressarcir. A permitir tal situação, de nada valeria a garantia oferecida inicialmente.

Por outro lado, cabe à apelante, na condição de administradora do imóvel, cercar-se de cuidados e exigir dos pretensos inquilinos garantias pecuniárias (caução, fiança) antes de alugar o imóvel. Com isso, estaria resguardada de eventuais situações de inadimplência dos locatários.

A respeito, confira-se o entendimento dos tribunais pátrios:

> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. MANDATOS. RESPONSABILIDADE DA IMOBILIÁRIA ADMINISTRADORA DE IMÓVEL LOCADO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS PELO LOCADOR. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. CUMPRE AO MANDATÁRIO SER DILIGENTE NO CUMPRIMENTO DE MANDATO, DEVENDO INDENIZAR PREJUÍZO CAUSADO POR SUA DESÍDIA NA ADMINISTRAÇÃO DO IMÓVEL. A ADMINISTRADORA É RESPONSÁVEL PELOS PREJUÍZOS CAUSADOS À LOCADORA, A QUAL ERA POR ELA REPRESENTADA, NOS CASOS DE DESÍDIA,

> COMO O NÃO-PAGAMENTO DOS ALUGUÉIS E ENCARGOS, BEM COMO PELA FALTA DE EFETIVIDADE DA GARANTIA PRESTADA (SEGURO FIANÇA). SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.
> (Apelação Cível Nº 70025928789, Décima Quinta Câmara Cível, TJRS, Relator: Angelo Maraninchi Giannakos, Julgado em 10/12/2008)."
>
> "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO DE IMÓVEIS. MÁ ESCOLHA DE INQUILINO E DE FIADOR.
> - A administradora de imóveis deve tomar as cautelas necessárias para a perfeita realização e execução do contrato de prestação de serviços, na condução dos interesses do mandante, examinando a garantia oferecida para contratos de locação, diligenciando para verificar se o fiador apresentado pelo locatário possui idoneidade e bens suficientes para saldar a dívida e da idoneidade da pessoa que acabou se tornando inquilino do imóvel. (Apelação Cível 1.0024.05.706211-9/001, Rel. Des.(a) Pedro Bernardes, TJMG, 9ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 11/11/2008, publicação da súmula em 15/12/2008)."

Assim, revela-se evidente que a impossibilidade de receber dos inquilinos as quantias adiantadas ao proprietário do imóvel não decorreu da rescisão contratual operada entre os litigantes, mas da própria desídia da recorrente.

Com esses fundamentos, conheço e nego provimento à apelação.

É como voto.

Fortaleza, 10 de abril de 2013.

PROCESSO N.º 0000442-48.2005.8.06.0098
TIPO DE RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: 3ª VARA ÚNICA DA COMARCA DE IRAUÇUBA
APELANTE: ESPÓLIO DE FRANCISCO ANTENOR DE SOUSA
APELADO(A): SISTEMA DE TRANSMISSÃO DO NORDESTE S.A - STN
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ004

EMENTA: ADMINISTRATIVO. IMISSÃO NA POSSE. SERVIDÃO ADMINISTRATIVA. IMPLANTAÇÃO DE LINHA DE TRANSMISSÃO. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM AFASTADA. APLICAÇAO DA SÚMULA 150 DO STJ. ALEGAÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM VALOR INFERIOR AO PREJUÍZO INFLIGIDO. IMPROCEDENTE. LAUDO PERICIAL QUE ATESTA A JUSTEZA DA INDENIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. MATÉRIA PRECLUSA. SALVO QUANDO DEMONSTRADO MOTIVO DE FORÇA MAIOR, DESCABE PRODUÇÃO DE PROVAS NA SEGUNDA INSTÂNCIA (ART. 517, CPC). SENTENÇA CONFIRMADA.

1. Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas publicas, nos moldes da Súmula 150 do STJ. Todavia, esse interesse deve vir expresso nos autos pela própria União ou pela ANEEL (autarquia em regime especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia, criada pela Lei nº 9.427/1996) e não deduzido por meio de argumentação contida na peça de defesa confeccionada pelo réu.

2. O valor arbitrado à título de indenização é justo, uma vez que fundamentado em laudo pericial que não foi impugnado pelo apelante, mesmo tendo sido intimado para tal, deixando transcorrer o prazo. Trata-se de matéria preclusa, uma vez que era esse o momento que deveria demonstrar seu incontentamento, pois, havendo discordância, estar-se-ia diante da única prova capaz de elucidar a questão – o competente e imprescindível exame pericial. Não pode, agora, requerer a anulação da sentença, uma vez que estaria se beneficiando de uma falta sua, e nem pode requerer a

produção de novo exame pericial, uma vez que no segundo grau, salvo quando demonstrado motivo de força maior, não cabe a produção de provas.
3. Apelo conhecido, mas negado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 000042-48.2005.8.06.0098, em que são partes Espólio de Francisco Antenor de Sousa, como apelante, e Volvo Serviços Financeiros Consórcio Nacional Volvo S/C Ltda e Sistema de Transmissão do Nordeste S.A - STN, como apelado, ACORDA a Sétima Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Examinando, trata-se de Apelação Cível interposta por Espólio de Francisco Antenor de Sousa, representado por sua inventariante, Tereza Muniz, inconformada com a sentença prolatada pelo juízo da Vara Única da Comarca de Irauçuba, nos autos da Ação de Imissão na Posse promovida em face do referido espólio por interpostas por Sistema de Transmissão do Nordeste S.A – STN.

Em suma, alegou a parte autora que saiu vencedora em procedimento licitatório para fins de construção e implantação de circuito elétrico que vai da subestação Teresina II até a subestação Fortaleza II; que as terras do espólio demandado, por serem alcançadas com a passagem da linha de transmissão, deverão sofrer intervenção mediante servidão administrativa; requereu autorização para depósito de R$ 4.447,85 à título de indenização; requereu a antecipação dos efeitos da tutela.

Decisão concedendo a liminar (fls. 76/77), porém condicionando ao prévio depósito. Também foi nomeado perito judicial, bem como determinado a citação da parte demandada.

Efetuado o depósito prévio, foi expedido o mandado de imissão provisória de posse (fls. 81/82).

Contestação do Espólio demandado (fls. 86/90), em que alegou, preliminarmente, nulidade do processo, inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, incompetência do juízo. No mérito, sustentou, em suma, que a autora se utilizou de fraude e corrupção durante os processos de privatização durante o Governo FHC; que com a servidão suas terras ficarão imprestáveis, assim como seu açude.

Às fls. 119/121, foi juntado laudo pericial, cujo parecer foi pela justeza da indenização no valor de R$ 4.447,85, tal como fora previamente depositado pela parte autora.

Intimadas as partes para se manifestarem sobre o laudo pericial, a parte autora declarou concordar com o teor do mesmo, enquanto que a parte demandada

deixou transcorrer o prazo concedido, conforme certidão de fl. 127, comparecendo apenas depois para pedir o levantamento do depósito, à fl.130.

Decisão interlocutória (fls. 135/137) que afastou a alegada ilegitimidade ativa da autora, bem como a incompetência daquele juízo. Na mesma ocasião, foi autorizado o levantamento de 8% da quantia depositada, intimando-se a parte demandada a trazer, no prazo de 30 dias, a documentação exigida pelo art. 34 do Decreto lei 3.365/41, bem como foi anunciado o julgamento na fase em que se encontrava o processo.

Findo o aludido prazo, sem manifestação, conforme certidão de fl. 144.

Na sentença (fls. 145/149), o juízo de primeiro grau julgou procedente o pedido, declarando justa a indenização depositada e imitindo a autora na posse definitiva do imóvel. Ainda, condenou a autora em custas e honorários advocatícios, fixados esses em 10% do valor da condenação.

Embargos de declaração interpostos pela parte autora, em que requer a aplicação do art. 27, §1º, c/c art. 30 e art. 15-A, do DL nº. 3.365/41.

Decisão, às fls. 158/158, que acolheu os aclaratórios para determinar ao espólio demandado o pagamento das custas processuais.

Inconformada, o espólio demandado interpôs recurso de apelação (fls. 160/161) em que se restringe a afirmar a reiteração das razões dispostas na contestação.

Contrarrazões às fls. 166/170.

É o que importa relatar.

Ao revisor.

Fortaleza, 19 de setembro de 2012.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação.

A tese é de, preliminarmente, nulidade do processo por inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, incompetência do juízo. No mérito, em suma, que a autora se utilizou de fraude e corrupção durante os processos de privatização durante o Governo FHC; que com a servidão suas terras ficarão imprestáveis, assim como seu açude, bem como que a quantia depositada e, posteriormente, levantada, a título de indenização não corresponde à realidade do valor das terras.

De início cabe esclarecer quanto a nulidade do processo por inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, incompetência do juízo, que tais alegações foram afastadas em decisão interlocutória às fls. 135/137, que não foi objeto do competente recurso de agravo retido, de modo que precluiu a apelante nesse ponto. Contudo, apenas a respeito do juízo competente para processar o presente feito cabe maiores esclarecimentos, visto ser matéria de extremo interesse público.

Com efeito, compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou

empresas publicas, nos moldes da Súmula 150 do STJ.

Todavia, esse interesse deve vir expresso nos autos pela própria União ou pela ANEEL (autarquia em regime especial vinculada ao Ministério das Minas e Energia, criada pela Lei nº 9.427/1996) e não deduzido por meio de argumentação contida na peça de defesa confeccionada pelos réus.

Cito jurisprudência pertinente:

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INDICAÇÃO DE OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. PRETENSÃO DE REEXAME DE MATÉRIA DE MÉRITO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO. EMPRESA DE RADIODIFUSÃO. COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA. AÇÃO PROPOSTA POR PARTICULAR CONTRA PARTICULAR. REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA FEDERAL. FINALIDADE DE PREQUESTIONAMENTO DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL OBJETO DE POSSÍVEL RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INOBSERVÂNCIA DAS EXIGÊNCIAS DO ART. 535, E INCISOS, DO CPC.
>
> 1. Inocorrentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o *decisum* no que pertine à negativa do Juiz de Direito da 2ª Vara de Uruaçu-GO em remeter à Justiça Federal os autos do processo no qual se discute a composição societária de uma empresa de radiodifusão, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535 do CPC.
>
> 2. Impõe-se o não acolhimento dos embargos de declaração que, à guisa de omissão, têm o único propósito de prequestionar a matéria objeto de recurso extraordinário a ser interposto, consoante jurisprudência do STJ.
>
> 3. Destarte, a aplicação da Súmula 150 pressupõe a intervenção voluntária da União e não uma mera invocação da parte. Aliás, se assim o fosse, a União Federal restaria abarrotada de feitos por força de meras invocações posteriores, mercê de os interessados possibilitarem o deslocamento de uma competência que é constitucional, por isso que cogente a norma que a inspira, e absoluta quanto à sua qualificação.
>
> 4. Embargos rejeitados.
>
> (EDcl no CC 34200/GO, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 15/09/2003, p. 228)

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO - EMPRESA DE RADIODIFUSÃO - COMPOSIÇÃO SOCIETÁRIA - AÇÃO PROPOSTA POR PARTICULAR CONTRA PARTICULAR - INTERESSE DA UNIÃO NÃO CONFIGURADO - REMESSA DOS AUTOS PARA A JUSTIÇA FEDERAL - IMPOSSIBILIDADE.
>
> - Tratando-se de causa entre os sócios de uma empresa de radiodifusão, ou seja, uma ação proposta por particular contra particular, na qual não se vislumbra a existência de interesse da União, não ocorre deslocamento de competência.
>
> - A União Federal, apenas, intervém no exercício da "administração pública

> de interesses privados" para autorizar ou não a composição societária. O seu interesse, que motiva a intervenção da Justiça Federal é o manifestado como ré, assistente ou opoente - acerca do direito *sub judice. In casu*, não está em jogo direito algum da entidade federal, mas uma providência a ser reclamada junto à União Federal para que se possa considerar validamente integrada a sociedade. Quando muito, haveria uma relação de prejudicialidade entre a autorização da União e o prosseguimento do processo ordinário cível entre os particulares.
> - Ademais, no momento em que a União Federal intervier na medida cautelar, proposta perante a justiça comum, afirmando interesse jurídico na solução do conflito os autos, evidentemente, serão deslocados para a Justiça Federal, porque o juízo comum não pode absorver uma causa federal, mas o juízo federal pode absorver, por conexão, uma medida cautelar proposta inicialmente perante a justiça comum.
> - Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Uruaçú - GO, o suscitado, declarando nulos os atos decisórios do Juízo Federal. (CC 34200/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ 23/09/2002, p. 218)

No que tange ao mérito, cumpre destacar que em nada influi no processamento do presente feito a alegação de que a apelada teria se utilizado de corrupção e e fraude durante os processos licitatórios que levarão à concessão do serviço de construção de linha de transmissão de energia elétrica, de modo que não interessa a presente lide.

A respeito da alegação de que a servidão administrativa tornará suas terras e seu açude imprestáveis, bem como que o valor ofertado como compensação pela autora é inferior à realidade do prejuízo infligido, cumpre salientar que o laudo pericial produzido nos autos, que atestou a justeza do valor depositado, pois conforme à realidade da região, bem como que o açude não será prejudicado, não foi alvo de impugnação por parte da apelante, uma vez que quando intimada a se manifestar sobre o mesmo, deixou transcorrer o prazo concedido, conforme certidão de fl. 127, comparecendo apenas depois para pedir o levantamento do depósito, à fl. 130, não demonstrando, assim, nenhuma discordância em relação ao seu teor.

Precluiu também, nesse ponto, o Espólio demandado, não havendo interesse, pois, em recorrer a esse quesito, uma vez que era nesse momento que deveria demonstrar seu incontentamento, pois, diante de tal lide, estar-se-ia diante da única prova capaz de elucidar a questão – o competente e imprescindível exame pericial. Não pode, portanto, agora, requerer a anulação da sentença, uma vez que estaria se beneficiando de uma falta sua, e nem pode requerer a produção de novo exame pericial, uma vez que no segundo grau não cabe a produção de provas.

À vista do exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

Fortaleza, 4 de julho de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0456117-04.2000.8.06.0001
APELANTES: SERVTEC ENGENHARIA LTDA., LAURO FIÚZA JÚNIOR E LUCIANO CÉSAR CABRAL MONTENEGRO
APELADO: BANCO ECONÔMICO S/A
JUÍZO DE ORIGEM: 2ª VARA DE FALÊNCIAS E CONCORDATAS DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE CONTRATO DE MÚTUO. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADA. JULGAMENTO ANTECIPADO. POSSIBILIDADE. MATÉRIA UNICAMENTE DE DIREITO. CARÊNCIA DE AÇÃO. DESACOLHIDA. PLANILHA DE DÉBITO NÃO ATUALIZADA ATÉ A PROPOSITURA DA AÇÃO. EXTINÇÃO. DESCABIMENTO. JUROS REMUNERATÓRIOS MENSAIS. LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL E DA LEI DA USURA. INAPLICABILIDADE. INAPLICABILIDADE DO § 3º DO ART. 192 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE EXPRESSA PREVISÃO CONTRATUAL. JUROS DE MORA. LIMITE DE 12% AO ANO.

1. A matéria atinente à necessidade ou não de produção de provas resvala no princípio da livre convicção do juiz. O magistrado *a quo*, ao decidir pelo julgamento antecipado da lide, fê-lo com base no conjunto fático-probatório dos autos.

2. In casu, o exequente instruiu a execução com demonstrativo do débito atualizado até abril/1996, tendo proposto a ação em junho/1996, ou seja, dois meses depois. Não houve, portanto, falta de apresentação do demonstrativo do débito, mas tão somente a juntada de planilha não atualizada até a data da propositura da ação, numa diferença de dois meses, o que não é causa para extinção da execução, mas de abertura de prazo para que o exequente regularize o vício, apresentando memorial atualizado da dívida, vez que se trata de simples cálculo aritmético, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e efetividade processuais.

3. Aos contratos bancários não se aplicam as regras da Lei da Usura, nem o parágrafo 3º do artigo 192 da Constituição Federal, quanto à limitação da taxa de juros.
4. A capitalização mensal de juros só é permitida se expressamente pactuada.
5. Os juros de mora se limitam a 12% ao ano.
6. Face a sucumbência parcial, ficam rateados os honorários advocatícios e as custas processuais.
7. Recurso conhecido. Provimento Parcial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº 0456117-04.2000.8.06.0001, da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes SERVTEC ENGENHARIA LTDA., LAURO FIÚZA JÚNIOR E LUCIANO CÉSAR CABRAL MONTENEGRO e apelado BANCO ECONÔMICO S/A,

ACORDA a Turma Julgadora da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em votação unânime, em conhecer do recurso, para dar parcial provimento, reformando a sentença monocrática, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste Acórdão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de **Apelação** interposto por **Servitec Engenharia Ltda., Lauro Fiúza Júnior e Luciano César Cabral Montenegro** de sentença do Juízo da 2ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Fortaleza, que julgou parcialmente procedentes os Embargos à Execução movidos pelos apelantes contra o **Banco Econômico S/A**.

O Banco Econômico ajuizou ação executiva em desfavor de Servitec Engenharia Ltda. e seus avalistas, Lauro Fiúza Júnior e Luciano César Cabral Montenegro, afirmando ser credor dos mesmos da importância de R$76.560,27, consubstanciada no contrato de mútuo anexado aos autos.

Após a realização da penhora nos imóveis relacionados no auto de fls. 28, os executados opuseram embargos à execução, alegando, em síntese: a) preliminar de nulidade da execução, sob o pálio de que o demonstrativo do débito trazido junto à inicial não são atualizados até a data do ajuizamento da ação; b) no mérito, aduzem excesso de execução, porquanto no contrato estariam embutidas ilegalidades, quais sejam: juros remuneratórios acima do limite legal de 12% ao ano, juros de mora a 1% ao mês, capitalização mensal, uso da TR como indexador monetário.

Instruíram os embargos com os documentos de fls. 26/32.

Suspensa a execução, os exequentes impugnaram os embargos às fls. 38/44. Em síntese, alegam: a) que o demonstrativo trazido ao caderno processual fornece ao devedor os meios de apreciar a evolução do débito; b) a possibilidade de utilização da

TR para atualização monetária, desde que pactuada e que o contrato tenha sido firmado depois da edição da Lei nº 8.177/91; c) que o § 3º do art. 192 da Constituição Federal, que trata da limitação dos juros a 12% ao ano, não é auto-aplicável, carecendo de lei complementar para sua aplicação; d) que inexiste a prática de anatocismo no contrato em tela.

Réplica dos embargantes às fls. 49/54.

Sobreveio a sentença de fls. 58/63-v, na qual o Juízo *a quo* acolheu em parte o pleito autoral, determinando tão somente fosse afastada a atualização monetária pela TR, face não ter sido pactuada, substituindo-a pelo INPC. Tendo o embargado decaído em parte mínima do pedido, condenou os embargantes em custas processuais e honorários advocatícios.

Inconformados com o *decisum*, os embargantes interpuseram a presente apelação (fls. 64/81), sustentando, preliminarmente, a nulidade da sentença, sob o fundamento de ausência de produção de provas, especialmente perícia contábil requerida nos embargos, face o julgamento antecipado da lide, e carência de ação por apresentação de demonstrativo de débito não atualizado até a data da propositura da ação. No mérito, requerem a reforma da sentença para acolher a preliminar de carência de ação, ou para afastar os juros moratórios de 1% ao mês e a capitalização, limitar os juros remuneratórios a 12% ao ano, bem assim para condenar o apelado em custas e honorários ou, no máximo, rateá-los.

Recebido o recurso no efeito devolutivo, o apelado contrarrazoou às fls. 87/95, rebatendo as preliminares suscitadas, reiterando as argumentações iniciais e rogando pela manutenção da sentença.

Remetidos os autos para este Colendo Tribunal, foram inicialmente distribuídos para a e. Desa. Edite Bringel Olinda Alencar, em seguida para o gabinete do e. Des. Francisco Suenon Bastos Mota e, por fim, para a minha relatoria, vindo-me conclusos aos 26.08.2011.

É o relatório.

À douta revisão.

Fortaleza, 31 de agosto de 2011.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo.

Prima facie, aprecio as preliminares arguidas.

PRELIMINAR I – DA ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA

No *decisum* impugnado, o magistrado planicial julgou antecipadamente o feito por entender se tratar de questão unicamente de direito, sem necessidade de

produção de prova, o que ensejaria o dever, e não a faculdade, do magistrado de julgar a lide, ainda mais por prestigiar o princípio da celeridade processual.

Por sua vez, sustentam os embargantes que a sentença merece ser anulada, pois prolatada sem que houvesse sido oportunizada a produção de provas, em especial a perícia contábil, a despeito de requerimento nas razões lançadas nos embargos.

Ab initio, sobreleva notar, o STJ já sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória, máxime se a matéria for exclusivamente de direito, como é o caso dos autos.

Cumpre destacar que a matéria atinente à necessidade ou não de produção de provas resvala no princípio da livre convicção do juiz. O magistrado *a quo*, ao decidir pela inexistência do alegado cerceamento de defesa, fê-lo com base no conjunto fático-probatório dos autos.

Sob esse enfoque, merecem transcrição as ementas dos seguintes julgados do STJ:

> **"PROCESSO CIVIL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SUFICIÊNCIA DA PROVA DOCUMENTAL. POSSIBILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.** - Não há ilegalidade, nem cerceamento de defesa, na hipótese em que o juiz, verificando suficientemente instruído o processo e desnecessária a dilação probatória, julga o mérito de forma antecipada, nos termos do art. 330, I, CPC." (AGA 431870, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 19.12.2002)

> **"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. CITAÇÃO. COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO DEVEDOR. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. NECESSIDADE DE REEXAME DO QUADRO FÁTICO-PROBATÓRIO. CONTESTAÇÃO. NECESSIDADE DE IMPUGNAÇÃO DA PETIÇÃO INICIAL. EQUÍVOCO DO RÉU QUANTO AO OBJETO DA LIDE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. SÚMULA N. 7/STJ.**
>
> 1. O comparecimento espontâneo do devedor para apresentar embargos supre a falta de citação no processo executivo, nos termos do que dispõe o art. 214, § 1º, do CPC.
>
> 2. O julgamento antecipado da lide resvala no princípio da livre convicção do juiz e não pode ser alterado pelo STJ caso haja necessidade de reexame de provas.
>
> 3. Ao contestar a ação, cabe ao réu impugnar os fatos descritos na petição inicial, sendo descabida a pretensão de desconstituir a condenação ao argumento de que se equivocou quanto ao requerido pelo autor e que, por isso, ao defender-se, tratou de objeto diverso do bem litigioso.
>
> 4. Não é devida a correção monetária desde o ajuizamento da ação se a liquidação de sentença dá o valor atualizado da obrigação. Os juros moratórios, todavia, se não considerados na sentença liquidanda, podem ser

> incluídos nos cálculos do exequente, tendo em vista a existência da mora desde o inadimplemento da obrigação.
> 5. Não cabe alteração dos honorários advocatícios na hipótese de terem sido fixados em obediência às condições enumeradas no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, em especial, se há necessidade de revolver o conjunto fático-probatório em que se desenvolveu a controvérsia.
> 6. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte provido."
> (REsp 806.243/ES, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011)

O artigo 131, do CPC, consagra o princípio da persuasão racional, habilitando-se o magistrado a valer-se do seu convencimento, à luz dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto constantes dos autos, rejeitando diligências que delongam desnecessariamente o julgamento, atuando em consonância com o princípio da celeridade processual.

Dessa forma, inexiste qualquer nulidade por cerceamento de defesa a ser sanada, sendo importante deixar consignado, inclusive, que a jurisprudência do STJ já entendeu que, *"a configuração ou não, em cada caso, de hipótese de julgamento antecipado da lide, por depender de juízo a respeito da necessidade ou não de produção de provas em audiência — juízo esse que se realiza mediante o cotejo do pedido com o material probatório constante dos autos —, é matéria que fica, em princípio, reservada à apreciação das instâncias ordinárias, sendo insuscetível de reexame na via do recurso especial, diante da orientação posta na Súmula 7/STJ"* (*ut* AgRg no Ag 1.076.342/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, DJ de 09/03/2009).

PRELIMINAR II – DA ALEGADA CARÊNCIA DE AÇÃO

Em suas razões recursais, os apelantes insistem na tese de que o demonstrativo de débito anexado à inicial da ação executiva não é atualizado até a data da propositura da ação.

Não merece guarida a irresignação.

Com efeito, o art. 614, inciso II, do CPC, impõe ao credor que a inicial da execução por quantia certa seja instruída com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, *verbis*:

> Art. 614. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:
> (...)
> II - com o demonstrativo do débito atualizado até a data da propositura da ação, quando se tratar de execução por quantia certa; (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)

In casu, o exequente instruiu a execução com demonstrativo do débito

atualizado até abril/1996, tendo proposto a ação em junho/1996, ou seja, dois meses depois. Não houve, portanto, falta de apresentação do demonstrativo do débito, mas tão somente a juntada de planilha não atualizada até a data da propositura da ação, numa diferença de dois meses.

Tal, porém, não é causa para extinção da execução, mas de abertura de prazo para que o exequente regularize o vício, apresentando memorial atualizado da dívida, vez que se trata de simples cálculo aritmético, em respeito ao princípio da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e efetividade processuais.

Neste sentido, os seguintes arestos do STJ:

> **"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. FALTA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ATUALIZADO. AUSÊNCIA. ART. 614, II, DO CPC. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**
> 1. A falta de apresentação do demonstrativo do débito, na hipótese em que o título dá embasamento suficiente ao pleito executivo, não é causa de extinção da execução, mas sim oportunidade para que o exeqüente regularize o vício, oferecendo cálculo detalhado do débito, nos termos do art. 616 do CPC.
> 2. Recurso especial não-provido."
> (REsp 469677/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 03/08/2006)
>
> **"EXECUÇÃO. FALTA DO DEMONSTRATIVO DO DÉBITO. DEFICIÊNCIA SANÁVEL, AINDA QUE JÁ OFERTADOS OS EMBARGOS DO DEVEDOR.**
> – É cabível, nos termos do art. 616 do CPC, a determinação judicial no sentido de que o exeqüente emende a inicial, ainda que já tenham sido ofertados os embargos do devedor. Aplicação dos princípios da instrumentalidade das formas, da celeridade, da economia e efetividade processuais. Precedentes. Recurso especial não conhecido."
> (REsp n. 264.807/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ de 4.10.2004.)
>
> **"PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. FALTA DE DEMONSTRATIVO DE DÉBITO ATUALIZADO. AUSÊNCIA.**
> 1. A remansosa jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que encontrando-se a execução instruída com título executivo, a ausência do simples cálculo aritmético não acarreta a extinção do processo, mas sim a oportunidade para que o exequente regularize o vício, oferecendo cálculo detalhado do débito, nos termos do art. 616 do CPC.
> 2. Agravo regimental desprovido".
> (AgRg no Ag 515032/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25/08/2003)
>
> **"Embargos à execução. Carência da ação executiva. Instrumentalidade do processo.**
> I - Em obediência à regra do art. 616, do CPC, que contempla o princípio da instrumentalidade, sendo insuficiente ou inexistente o demonstrativo de débito, necessário à instrução da ação executiva (CPC, 614, II), deve-se

> oportunizar a emenda da inicial e não extinguir o feito de pronto.
> II - Recurso especial conhecido e provido."
> (REsp n. 329.846/MG, Rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ de 9.6.2003.)

Superadas as preliminares, passo ao *meritum causae*.

DA TAXA DE JUROS REMUNERATÓRIOS

A questão da limitação da taxa de juros ao percentual constitucional é totalmente superada, frente aos posicionamentos da Corte Suprema, que se firmou no sentido de não ser auto-aplicável a disposição constitucional que limita os juros a 12% (doze por cento) ao ano. Com a edição da Emenda Constitucional nº 40, a qual revoga o parágrafo 3º do art. 192, da Constituição, reproduzimos, quanto ao limite dos juros, o entendimento já consolidado pela autoridade máxima e instância última para dizer da Constitucionalidade de qualquer norma.

O firme entendimento resultou na edição da Súmula nº 648 do STF, segundo a qual: "*A norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela emenda constitucional 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar*".

Mesmo no que se refere aos contratos assinados antes da EC 40/2003, ainda na vigência do dispositivo constitucional, o artigo 192, § 3º, da CF/88 já não era auto-aplicável, em virtude de que não fora editada a lei complementar necessária à sua aplicação.

Neste sentido, foi também editada a Súmula Vinculante nº 7, que assim dispõe: "*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*."

Daí resultou que as instituições financeiras podem livremente estipular juros e demais encargos bancários, desde que expressamente previstos no contrato.

Diga-se o mesmo quanto à aplicação da Lei da Usura, matéria também já pacificada pela Corte Suprema: *"As disposições do Dec. 22626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações financeiras realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional."* (Súmula 596 – STF).

Nesta linha vem decidindo o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "EMBARGOS À EXECUÇÃO. CONFISSÃO DE DÍVIDA. JUROS. LIMITAÇÃO (12% AA). LEI DE USURA (DECRETO N. 22.626/33). NÃO INCIDÊNCIA.
> APLICAÇÃO DA LEI N. 4.595/64. DISCIPLINAMENTO LEGISLATIVO POSTERIOR. SÚMULA N. 596 - STF. TAXA MÉDIA. INEXISTÊNCIA

DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. I. Não se aplica à limitação de juros de 12% ao ano prevista na Lei de Usura aos contratos de abertura de crédito bancário, nem se considera excessivamente onerosa a taxa média do mercado. Precedente da 2ª Seção do STJ. II. Recurso especial conhecido e provido". (STJ - RESP 465972 / MG - Quarta Turma – rel. Min. Aldir Passarinho Junior - j. 22.03.2004) (grifei)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO BANCÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 126/STJ E 283/STF. LIMITAÇÃO DE JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO INCIDÊNCIA SÚMULA 596/STF. ABUSIVIDADE QUE DEVE SER DEMONSTRADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.
1. Inaplicável ao caso os enunciados das súmulas 126/STJ e 283/STF, porquanto o argumento constitucional utilizado pelo Tribunal de origem para limitar os juros remuneratórios em 12% ao ano já foi, inclusive, repudiado pela Corte Constitucional ao informar que "a norma do § 3º do art. 192 da Constituição, revogada pela EC 40/2003, que limitava a taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de Lei Complementar", (enunciado 648/STF) e "as disposições do Decreto 22.626/1933 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integram o Sistema Financeiro Nacional" (enunciado 596/STF).
2. A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que os juros remuneratórios cobrados pelas instituições financeiras não sofrem a limitação imposta pelo Decreto nº 22.626/33, conforme disposto na súmula 596/STF, de forma que a abusividade do percentual pactuado deve ser cabalmente demonstrada em cada caso, com a comprovação do desequilíbrio contratual ou de lucros excessivos, sendo insuficiente o só fato de a estipulação ultrapassar 12% ao ano ou de haver estabilidade inflacionária no período, o que não ocorreu no caso dos autos.
3. Agravo regimental não provido."
(AgRg no REsp 1023450/MS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 13/06/2011) (grifei)

No mesmo sentido vem decidindo reiteradamente esta Corte de Justiça:

AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL AFASTADA. ANTECIPAÇÃO DO VRG. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DO *LEASING*. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. CORREÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA NO CONTRATO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DE OFÍCIO. RESSALVA PESSOAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. DESCABIMENTO DE LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. CONFORME O AVENÇADO. MULTA CONTRATUAL. SEGUNDO O PACTUADO. 1. Não prospera a alegação de inépcia da petição inicial por impossibilidade jurídica do pedido, pois o pleito é abstratamente possível. 2. A antecipação do VRG não descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil (*leasing*).

3. Inexistência no contrato de capitalização de juros, bem como de correção monetária, de acordo com laudo pericial constante nos autos. 4. Somente questionada a cumulação da comissão de permanência com correção monetária, inexistente no caso, descabe a exclusão daquela de ofício, embora cumulada abusivamente com outros encargos contratuais, conforme o entendimento mais atual do STJ. Ressalva pessoal do signatário. 5. Não se aplica a limitação de 12% ao ano aos juros moratórios, restando mantido o valor pactuado em consonância com a média de mercado. 6. A multa contratual de 2%, conforme avençada, deve incidir apenas sobre o valor da prestação. 7. Recurso conhecido e provido". (TJCE - 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 7906.63.2004.8.06.0000/0, Publicado no DJ em 04.08.2008). (grifei)

"Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. POSSIBILIDADE DE REVISÃO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS. JUROS REMUNERATÓRIOS. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL SUPERIOR A 12% AO ANO. ABUSIVIDADE. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO ART. 192, § 3º DA CF/88. AUSÊNCIA DE EDIÇÃO DE LEI COMPLEMETAR. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PACTUAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA NO PONTO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO NA FORMA SIMPLES. SENTENÇA REFORMADA. APELO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1 - Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados com instituições financeiras (STJ, Súmula 297), impondo-se, dessa forma, a flexibilização do princípio da autonomia da vontade (pacta sunt servanda), sendo permitido ao Poder Judiciário intervir nas relações entre particulares, para restabelecer o equilíbrio contratual.
2 - A limitação da taxa de juros reais a 12% ao ano, tinha sua aplicabilidade condicionada à edição de lei complementar (art. 192, § 3º da CF/88). Súmula Vinculante nº 7. Sentença reformada no ponto.
3 - No caso em análise, o contrato foi firmado após a edição da MP 1.963-17/2000 de 31 de março de 2000 (reeditada sob o nº 2.170-36/2001). Desse modo, a capitalização dos juros só é admitida quando expressa de maneira clara, explícita, nos contratos. Pactuação não demonstrada. Sentença mantida quanto ao item.
4 - *In casu*, não restou demonstrada a má-fé do promovido, ao efetuar as cobranças, pois respaldadas em contrato cuja revisão somente foi pleiteada em juízo. Em caso de pagamento efetuado em decorrência de cláusula contratual posteriormente reconhecida como nula, o consumidor não tem direito ao pagamento em dobro, mas de forma simples e somente do que pagou indevidamente.
5 - Respeitante a fixação de honorários advocatícios, uma vez que o recurso foi julgado parcialmente procedente, determina-se a sucumbência recíproca, com base no art. 21 do CPC e Súmula 306 do STJ, mas com a ressalva de que essa condenação se faz nos termos do artigo12 da Lei 1.060/50 quanto à parte apelada.
6 - Apelo conhecido e parcialmente provido, reformando a r. sentença recorrida para manter os juros remuneratórios conforme pactuado na

> avença, devendo o apelado ser restituído, na forma simples, dos valores efetivamente pagos a maior."
> (Apelação 72062305200080600011; **Relator(a):** CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES; Comarca: Fortaleza **Órgão julgador:** 5ª Câmara Cível ; **Data de registro:** 13/06/2011)

Assim, descabe qualquer argumento que defenda a limitação dos juros ao patamar de 12% ao ano em tais operações bancárias.

DA CAPITALIZAÇÃO

Segundo o entendimento sumulado do STJ, *"É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convencionada"* (Súmula 121).

Após a edição da Medida Provisória nº 1.963-17/2000, reeditada pela MP nº 2.170-36/2001, passou-se a admitir a capitalização de juros em periodicidade inferior a um ano desde que atendidas duas exigências: a) que o contrato tenha sido firmado após a publicação da MP 1.963-17, de 31.03.2000, e b) que conste do contrato cláusula expressa de sua previsão.

Vejam-se decisões do STJ sobre o tema:

> "EMENTA: Bancário. Recurso especial. Ação revisional. Contrato de cartão de crédito. Embargos de declaração. Capitalização de juros. Comissão de permanência. Repetição do indébito. Cadastro de inadimplentes. Inclusão. Possibilidade.
> - Rejeitam-se os embargos de declaração quando ausente omissão, contradição ou obscuridade a ser sanada.
> - Nos contratos bancários celebrados após à vigência da Medida Provisória nº 1.963-17/2000 (reeditada sob o nº 2.170/36), admite-se a capitalização mensal de juros, desde que pactuada e após sua publicação que foi em 31/03/2000.
> - É admitida a incidência da comissão de permanência, após o vencimento do débito, desde que pactuada e não cumulada com juros remuneratórios, correção monetária, juros moratórios, e/ou multa contratual. Precedentes.
> - Admite-se a repetição do indébito, independentemente da prova de que o pagamento tenha sido realizado por erro, com o objetivo de vedar o enriquecimento ilícito do banco em detrimento do devedor. Precedentes.
> - A simples discussão judicial do débito não impede a inclusão do nome do devedor em cadastros de inadimplentes.
> Recurso especial parcialmente provido. Ônus da sucumbência redistribuídos."
> (Processo REsp 854295 / RS RECURSO ESPECIAL 2006/0111922-2; Relator(a) Ministra Nancy Andrighi (1118); Órgão Julgador T3 – Terceira Turma; Data do Julgamento: 26/09/2006; Data da Publicação/Fonte: DJ 23.10.2006 p. 313). (grifei)

> "CONTRATO BANCÁRIO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS. -

> É lícita a capitalização mensal de juros nos contratos bancários celebrados a partir de 31.03.2000 (MP 1.963-17, atual MP nº 2.170-36), desde que pactuada."
> (STJ - 3ª T., AgRg nos EDcl no Resp 818524, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 18.09.06, p. 318) (grifei)

Analisando o caderno processual, verifica-se que o contrato em discussão foi celebrado em 1993, ou seja, antes da publicação da referida MP, restando, assim, já desatendida a primeira exigência. Ademais, a capitalização mensal não foi expressamente prevista no contrato.

Portanto, deixando de atender aos requisitos ensejadores de sua incidência, não se aplica, neste caso, o art. 5º da referida Medida Provisória, o qual permite nas operações realizadas pelas instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, a capitalização de juros com periodicidade inferior a um ano. Portanto, é o caso de se aplicar a Súmula 121 do STF, vez que o contrato não fora celebrado sob os efeitos da aludida MP.

Não se argumente que a instituição financeira pode capitalizar juros por autorização expressa da Súmula 596 do STF. A Súmula 596, segundo Jurisprudência do próprio STF, se harmoniza com a supra citada súmula 121, não consistindo a inaplicabilidade da Lei da Usura às Instituições Financeiras (consubstanciada na súmula 596) em necessária inaplicabilidade também da vedação ao anatocismo. Na verdade, os enunciados 596 e 121 do STF não se confundem. Enquanto o primeiro se aplica à taxa, à limitação dos juros (art. 1º da Lei de Usura), o segundo refere-se à capitalização de juros, proibida pelo art. 4º da citada lei.

Cito precedentes deste e. Tribunal de Justiça:

> **"Ementa:** Processo Civil. Apelação Cível. Ação de Busca e Apreensão. Reconvenção. Pedido de revisão de cláusulas contratuais. Princípio *pacta sunt servanda*. Flexibilidade. Capitalização de juros. Contrato firmado após a edição da Medida Provisória de nº 1.963-17/2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001. Pactuação expressa. Inocorrência. Cobrança. Impossibilidade. Recurso improvido. Sentença mantida. 1. [...] 2. [...] 3. A Capitalização de juros, permitida para os contratos firmados após a vigência da Medida Provisória de nº 1963-17, de 30 de março de 2000, reeditada sob o nº 2.170-36/2001, é possível apenas quando existe a respeito expressa pactuação, o que não é o caso dos autos. 4. [...] 5. Apelação conhecida e improvida, mantendo inalterada a sentença singular, inclusive com relação ao ônus sucumbencial."
> (Apelação 11135762200880600011; **Relator(a):** EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; **Comarca:** Fortaleza; **Órgão julgador:** 1ª Câmara Cível ; **Data de registro:** 16/06/2011) (grifei)

> "CIVIL E PROCESSO CIVIL. REVISIONAL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO PESSOAL CONSIGNÁVEL. REVOGAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. REVISÃO

> DO CONTRATO. DIREITO DO CONSUMIDOR. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. IMPOSSIBILIDADE. PERMITIDA NA PERIODICIDADE ANUAL. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO PELA TAXA SELIC. DESCABIMENTO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. CUMULAÇÃO COM OUTROS ENCARGOS MORATÓRIOS. INVIABILIDADE. CORREÇÃO MONETÁRIA. EXCLUSÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. DETENTOR DA JUSTIÇA GRATUITA. EXIGIBILIDADE SUSPENSA. SENTENÇA PARCIALMENTE MODIFICADA. 1.[...] 2. A aplicação do CDC relativiza a cláusula *pacta sunt servanda*. 3. Não há como se verificar a presença dos requisitos autorizadores para a incidência de capitalização mensal dos juros, devendo, portanto, ser excluída do sinalagmático em face da inversão do ônus da prova determinada na origem. Permitida na periodicidade anual. 4. Inviabilizada a aplicação da taxa selic para a limitação dos juros remuneratórios, conforme entendimento do STJ e ausente nos autos o percentual pactuado, deve ser aplicada a taxa média de mercado à época da contratação. 5.[...] 6.[...]. 7.[...] 8.Recurso conhecido em parte, e neste ponto provido parcialmente."
> (TJCE - 3ª Câmara Cível, Apelação nº 64320066.2000.8.06.0001/1, Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, Data do julgamento: 01/12/2008). (grifei)

Por esta razão, a taxa de juros deve ser aplicada de forma simples, não capitalizada, chegando-se a um novo montante total do débito, o mesmo aplicando-se em relação aos juros moratórios.

DOS JUROS MORATÓRIOS

Os juros moratórios, por sua vez, podem ser cobrados, desde que pactuados, limitando-se ao percentual de 12% ao ano, razão pela qual a sentença não merece reparo neste aspecto.

DO DISPOSITIVO

Por todo o exposto, conheço do recurso, para lhe dar parcial provimento**,** mantendo a sentença quanto: a) à manutenção dos juros remuneratórios e moratórios pactuados; b) porém, reformando-a para: afastar a capitalização mensal de juros, por não ter sido expressamente contratada, oportunizando-se ao exequente a juntada de demonstrativo atualizado do débito.

Face a reforma parcial do *decisum*, ficam rateados os ônus sucumbenciais (CPC, art. 21, *caput*).

É como voto.

Fortaleza, 20 de setembro de 2011

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0047207-72.2008.8.06.0001
APELANTE:MUNICÍPIO DE FORTALEZA
APELADO: SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO ESTADO DO CEARÁ - SINDUSCON
RELATOR: FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE
ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA. SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL DO CEARÁ. IPTU. FATO GERADOR. ART. 146, INC. III, "A", CF/88. LEI COMPLEMENTAR. CTN. LEI DE NORMAS GERAIS. CONSTRUÇÃO. IMÓVEL POR ACESSÃO FÍSICA. COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA DO MUNICÍPIO QUE COMPREENDE A COMPETÊNCIA LEGISLATIVA RESPECTIVA. ART. 103, §3º, DA LEI Nº 4.144/72 (CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL). FATO GERADOR DA PARTE CONSTRUÍDA NA DATA DA CONCESSÃO DO HABITE-SE OU DA EFETIVA OCUPAÇÃO. LEGALIDADE. SITUAÇÃO DE FATO NÃO EXISTENTE EM 1º DE JANEIRO DO EXERCÍCIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. ART. 149, INC. VIII, CTN. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. TUTELA ANTECIPADA REVOGADA.

1. De acordo com o art. 146, inc. III, "a", da Carta de Outubro, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores dos impostos.

2. Ao tratar do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU), o CTN, recepcionado pela nova ordem constitucional com o *status* de lei complementar, estabeleceu seu fato gerador como sendo a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, localizado na zona urbana do Município (art. 32, *caput*, CTN).

3. Para efeitos legais os edifícios e construções são considerados bens imóveis por acessão física, pois se incorporam permanentemente ao solo, não podendo ser retirados sem destruição, modificação, fratura ou dano.

4. O fato gerador do IPTU é estabelecido pelo CTN, que trata de normas gerais sobre os impostos constitucionalmente

elencados. Todavia, nosso Código Tributário não determina o momento a partir do qual se considera ocorrida a hipótese de incidência, de modo que cada um dos Municípios da federação, que são os entes competentes para a criação da referida exação (art. 156, inc. I, CF/88), pode legislar sobre referida matéria, eis que, nos termos do art. 6º do CTN, a atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa respectiva.

5. O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade ou não de o Município, após realizado pelo contribuinte o pagamento concernente ao fato gerador do IPTU ficticiamente ocorrido em 1º de janeiro do exercício financeiro, poder realizar de ofício novo lançamento nesse mesmo exercício, em relação a construção realizada no imóvel tributado, a partir do momento em que constatada sua efetiva ocupação ou concedido o habite-se. A resposta é afirmativa: é possível. E o é pela simples razão de que essa peculiaridade foi prevista em lei, obedecendo, portanto, ao postulado da reserva legal, que é de primacial importância quando se cogita de matéria tributária.

6. O art. 103, §3º, do Código Tributário de Fortaleza considerou como ocorrido o fato gerador via de regra no dia 1º de janeiro de cada ano. Todavia, previu também que, no caso específico de existência de construção no imóvel tributado naquele mesmo exercício, o fato gerador dessa parte construída considera-se ocorrido a partir da concessão do habite-se ou de sua ocupação. Nessa hipótese particular, são realizados dois lançamentos distintos, sendo que o segundo é uma complementação do primeiro, e somente diz respeito à construção efetuada. Esse lançamento complementar se justifica por existir previsão expressa na legislação de nosso Município, e encontra respaldo no CTN, que em seu art. 149, inciso VIII, permite o lançamento de ofício, "quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior". Precedentes do STJ.

7. Diversamente do que sustentado pelo SINDUSCON e acolhido na sentença, não há que se falar em extinção da obrigação tributária pelo pagamento do IPTU, pois na espécie o fato gerador da complementação exigida somente surge com a concessão do habite-se ou com a ocupação do imóvel construído. A partir daí é que nasce o direito do Fisco de efetuar esse lançamento complementar.

8. Afigura-se totalmente equivocada a tese, também acolhida pela decisão de primeira instância, de impossibilidade de realização do lançamento complementar, por consubstanciar a previsão legislativa do art. 103, §3º, do Código Tributário Municipal pretensa alteração de critério jurídico ou de classificação do imóvel. A inovação ali contida não promove qualquer alteração na classificação do imóvel para fins tributários, não constituindo modificação de critério jurídico. O que faz é estabelecer faticamente o momento em que se considera ocorrido o fato gerador das construções realizadas nos imóveis objeto de tributação.
9. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada para permitir que o município de Fortaleza proceda ao lançamento complementar nos moldes previstos no art. 103, §3º, da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário Municipal), observado o prazo decadencial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível autuada sob o nº 0047207-72.2008.8.06.0001, em que figuram as partes acima referidas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo e dar-lhe provimento, reformando a sentença vergastada e revogando, por via de consequência, a tutela antecipada concedida na instância primeva, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo Município de Fortaleza contra decisão proferida pelo Juízo da 8ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, que julgou procedente a ação ordinária com pedido de tutela antecipada a epígrafe, intentada pelo Sinduscon – Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado do Ceará.

Em síntese, o Autor insurge-se contra a Lei Complementar Municipal de nº 27/05, que acrescentou o § 3º, ao artigo 103 e alterou o art. 125, da Lei nº 4.144/72, possibilitando ao Município de Fortaleza arrecadar uma quota complementar de IPTU – Imposto predial e territorial urbano, em imóveis cujo pagamento já foi efetivado, o ato jurídico perfeito e a extinção do crédito tributário. Em consequência, pugna para que seja determinado que o requerido se abstenha de praticar quaisquer atos de revisão de lançamento do IPTU, solicita suspensão das revisões já realizadas e requer a não aplicação de quaisquer multa relativas à exação.

O pedido veio acompanhado de vários documentos.

O Município de Fortaleza, citado, apresentou contestação (fls. 93/105), na qual defende a legalidade da revisão em espécie, de ofício, uma vez que tal faculdade lhe é garantida pela Lei Complementar nº 27/2005, que acrescentou o § 3º ao art. 103 da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário de Fortaleza) e, no art. 149, VIII do Código Tributário Nacional, que legitima a exigência da complementação da cobrança sobre a parte construída do imóvel; b) em nenhum momento desconstitui-se, por prova inequívoca, a presunção de legitimidade do ato administrativo consistente na revisão de ofício do lançamento de IPTU nos caos em que há construção de imóvel no decorrer do exercício.

O requesto liminar foi deferido às fls. 105/114, o qual foi aclarado às fls. 118/120, e mantido às fls. 145.

Referida liminar foi mantida à sua integra pelo atual Presidente da Corte, Desembargador José Arisio Lopes da Costa, conforme decisão tomada nos autos do Pedido de Suspensão de Liminar de Nº 2009.0007.1352-4/0, anexa aos autos.

Parecer do Ministério Público do Primeiro Grau às fls. 189/192, pela procedência da ação.

A sentença de fls. 194/197, julgando procedente a ação, tomou por base o ato jurídico perfeito, o que o torna imutável, e a extinção da obrigação que se quer revisar, pelo seu pagamento.

Embargos de declaração foram opostos pelo autor (fls. 199/203), devidamente acatados (fls. 208/209), para confirmar a tutela antecipada antes referida, determinado que o Município de Fortaleza se abstenha de praticar quaisquer procedimentos administrativos que impliquem direta ou indiretamente em revisão de lançamento de IPTU em relação aos imóveis que tenham sido construídos durante o exercício cujo recolhimento já tenham sido efetuado pelo contribuinte, suspendendo, por conseguinte, a exigibilidade dos créditos advindos das revisões que porventura tenham sido realizadas, bem como não aplicar quaisquer multas e obrigações acessórias relativas a tal exação, em relação a todas as empresas filiadas ao autor.

A apelação foi interposta pelo Município de Fortaleza (fls. 212/222), mediante os seguintes argumentos: A revisão de ofício do lançamento do IPTU, encontra-se fulcrada na Lei Complementar nº 27, de 27/12/2005, que acrescentou o § 3º ao art. 103 da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário de Fortaleza); que essa atribuição é por definição constitucional, do município; que o IPTU, na hipótese, deve incidir não apenas sobre o bem imóvel por natureza, mas também sobre os imóveis por acessão física, conforme art. 32 do CTN; o IPTU deve abranger a terra e a edificação; que a Lei Complementar nº 27/2005, refere exatamente à hipótese em que, tendo sido implementadas as circunstâncias materiais necessárias à ocorrência do fato gerador do IPTU, consistente na edificação, torna-se possível a cobrança do tributo concernente à parte construída na data da concessão do habite-se ou de sua efetiva ocupação, se anterior; que não há se falar em extinção do crédito tributário, em função do pagamento como refere o autor; que ainda que tenha sido efetuado o pagamento da exação, em face

do art. 149, VIII, do CTN, a sua complementação é um direito que lhe assiste. Pede, assim, reforma do julgado e a improcedência da ação.

Contrarrazões foram apresentadas às fls. 229/237.

O Ministério Público do segundo grau apresentou o parecer de fls. 250/255, pela manutenção da sentença vergastada.

Os autos vieram-me conclusos.

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Uma vez que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade recursal insertos nos artigos 506 e 514 do Código de Processo Civil, conheço do apelo, tecendo um breve resumo da causa antes de adentrar no mérito, por reputá-lo essencial à compreensão da controvérsia, e, por via de consequência, ao deslinde da demanda.

Tratam os autos de apelação interposta pelo Município de Fortaleza contra decisão prolatada em sede de Ação Ordinária intentada pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado do Ceará – SINDUSCON. A ação ajuizada pelo Sindicato objetivava "impedir que o Fisco proceda com a revisão do lançamento do IPTU por ocasião da concessão do 'habite-se' ou de sua efetiva ocupNa vestibular, o ente sindical - substituto processual - narrou que, com base no §3º do art. 103 da Lei nº 4.144/72, o Município vinha realizando revisão de ofício dos lançamentos do IPTU, mesmo após a quitação do tributo. Argumentou que referida revisão de ofício não se encontra entre as hipóteses autorizadas pelo art. 149 do Código Tributário Nacional, sendo, portanto, ilegal. Aduziu também que não seria possível ao ente municipal proceder à revisão de lançamento do IPTU "após o contribuinte já ter efetuado o pagamento do tributo referente àquele lançamento" (fls. 07). Por derradeiro, sustentou a impossibilidade de *lançamento de ofício do IPTU em razão da alteração da classificação do imóvel de "não-edificado" para "edificado*", invocando em favor de sua tese a Súmula nº 227 do extinto Tribunal Federal de Recursos.

Em primeiro grau, o magistrado sentenciante acolheu o pedido inaugural e, confirmando antecipação de tutela outrora concedida, vedou ao Município de Fortaleza a prática de "quaisquer procedimentos administrativos que impliquem direta ou indiretamente em revisão de lançamento do IPTU em relação aos imóveis que tenham sido construídos durante o exercício cujo respectivo recolhimento já tenha sido efetuado pelo contribuinte, suspendendo, por conseguinte, a exigibilidade dos créditos advindos das revisões que porventura tenham sido realizadas" (fls. 208).

O douto julgador de piso entendeu que a alteração da classificação jurídica do imóvel para 'habite-se ou de eventual ocupação' não pode render ensejo à revisão do lançamento previamente efetuado. Assentou, ademais disso, que "o pagamento do IPTU, num dado exercício financeiro, extingue a obrigação tributária daquele período,

não cabendo ao Município de Fortaleza o direito de realizar o lançamento de quota complementar de uma obrigação já extinta" (fls. 197).

Irresignado com o *decisum* singular, o Município de Fortaleza interpôs apelo nesta instância recursal, reiterando os argumentos já aduzidos em primeira instância, quais sejam: 1) o IPTU incide também sobre os imóveis por acessão física, sendo assim "justa e legítima a exigência, por parte da municipalidade, do tributo incidente sobre a edificação ocorrida no decorrer de determinado exercício"; 2) se o IPTU abrange a terra e a edificação, cobrar dos substituídos tão-somente o tributo incidente sobre a terra constituiria enriquecimento ilícito por parte destes, além de implicar em afronta ao princípio da isonomia tributária; 3) o §3º do art. 103 do Código Tributário Municipal, acrescido pela Lei Complementar nº 27, de 27.12.2005, prevê expressamente que "será considerado ocorrido o fato gerador da parte construída na data da concessão do 'habite-se' ou de sua efetiva ocupação, se anterior"; 3) o novo lançamento efetuado restringe-se à área construída do imóvel, em virtude da alteração fática neste ocorrida; 5) o art. 149 do CTN autoriza a revisão do lançamento de ofício quando houver erro em sua feitura, e não estiver extinto ainda, pela decadência, o direito de lançar; 6) a suposta alteração da classificação do imóvel a que se referem os ora recorridos não se trata de mudança de critério jurídico, mas sim de mudança nas circunstâncias fáticas, concernente à realização de construção no terreno alvo de tributação; e 7) não se há de falar em extinção do crédito tributário em função do pagamento, uma vez que o direito do Fisco de proceder à revisão do lançamento decorre do surgimento de fato não conhecido na ocasião do lançamento originário, nos termos do art. 149, inc. VIII do CTN.

Pois bem, compulsando detidamente os autos, entendo que merece provimento o recurso do Município de Fortaleza. Senão vejamos.

O cerne da controvérsia diz respeito à possibilidade ou não de o Município, após realizado pelo contribuinte o pagamento concernente ao fato gerador do IPTU ficticiamente ocorrido em 1º de janeiro do exercício financeiro, poder realizar de ofício novo lançamento nesse mesmo exercício, em relação a construção realizada no imóvel tributado, a partir do momento em que constatada sua efetiva ocupação ou concedido o habite-se.

A resposta é afirmativa: é possível. E o é pela simples razão de que essa peculiaridade foi prevista em lei, obedecendo, portanto, ao postulado da reserva legal, que é de primacial importância quando se cogita de matéria tributária. Como o próprio SINDUSCON asseverou na peça inaugural, a Lei Complementar nº 27, de 27.12.2005, acrescentou o §3º ao art. 103 da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário Municipal), cuja redação expressamente aborda essa particular situação da construção como fato gerador do IPTU. Eis o teor desse dispositivo legal:

> "Art. 103, §3º – Considera-se ocorrido o fato gerador **em primeiro de janeiro de cada ano**, **ressalvados** os imóveis que tenham sido construídos durante o exercício, cujo **fato gerador da parte construída considera-**

> **se ocorrido na data da concessão do "habite-se" ou de sua efetiva ocupação, se anterior**, sendo o imposto lançado proporcionalmente."

De acordo com o art. 146, inc. III, "a", da Carta de Outubro, cabe à Lei Complementar estabelecer normas gerais sobre os fatos geradores dos impostos. O Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela nova ordem constitucional com o *status* de lei complementar, é nossa lei de normas gerais em matéria tributária. Ao tratar do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, o CTN estabeleceu seu fato gerador como sendo a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou **por acessão física**, localizado na zona urbana do Município (art. 32, *caput*, CTN).

O fato gerador do IPTU, portanto, é estabelecido pelo CTN, que trata de normas gerais sobre os impostos constitucionalmente elencados. Todavia, nosso Código Tributário não determina o momento a partir do qual se considera ocorrido o fato gerador, de modo que cada um dos Municípios da federação, que são os entes competentes para a criação da referida exação (art. 156, inc. I, CF/88), pode legislar sobre referida matéria, eis que, nos termos do art. 6º do CTN, a atribuição constitucional de competência tributária compreende a competência legislativa respectiva.

Nas palavras de Ricardo Alexandre, uma vez que a propriedade não é uma situação que se exaure a cada fato isolado, mas que se protrai no tempo, faz-se necessário que a lei tributária defina, com precisão, o momento em que se tem verificado o fato gerador respectivo (Direito Tributário Esquematizado. Método: São Paulo, 2007, p. 228).

Nesse diapasão, o art. 103, §3º, do Código Tributário de Fortaleza considerou como ocorrido o fato gerador via de regra no dia 1º de janeiro de cada ano. Todavia, previu também que, no caso específico de realização de construção no imóvel tributado naquele mesmo exercício, o fato gerador dessa parte construída considera-se ocorrido a partir da concessão do habite-se ou de sua ocupação. Nessa hipótese particular, são realizados dois lançamentos distintos, sendo que o segundo é uma complementação do primeiro, e somente diz respeito à construção efetuada. Esse lançamento complementar se justifica por existir previsão expressa na legislação de nosso Município, e encontra respaldo no CTN, que em seu art. 149, inciso VIII, permite o lançamento de ofício, "quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior".

Observe-se, por oportuno, que para efeitos legais os edifícios e construções são considerados bens imóveis por acessão física, pois se incorporam permanentemente ao solo, não podendo ser retirados sem destruição, modificação, fratura ou dano. Indiscutível, pois, que as construções são consideradas fatos geradores do IPTU.

Diversamente do que sustentado pelo SINDUSCON e acolhido pela sentença, não há que se falar em extinção da obrigação tributária pelo pagamento do IPTU, pois na espécie o fato gerador da complementação exigida - que deverá ser

cobrada, nos termos do Código Tributário Municipal, de forma proporcional - somente surge com a concessão do habite-se ou com a ocupação do imóvel construído. A partir daí é que nasce o direito do Fisco de efetuar esse lançamento complementar.

Por outro lado, afigura-se totalmente equivocada a tese, também acolhida pela decisão de primeira instância, de impossibilidade de realização do lançamento complementar, por consubstanciar a previsão legislativa do art. 103, §3º, do Código Tributário Municipal pretensa alteração de critério jurídico ou de classificação do imóvel. Ora, a inovação ali contida não promove qualquer alteração na classificação do imóvel para fins tributários, não constituindo modificação de critério jurídico. O que faz é estabelecer faticamente o momento em que se considera ocorrido o fato gerador das construções realizadas nos imóveis objeto de tributação.

O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de decidir querela análoga à versada nos presentes autos, em sede de Recurso Especial interposto pelo município paulista de São Bernardo do Campo, e que foi julgado procedente, admitindo a legitimidade do lançamento complementar. O acórdão restou ementado nos seguintes termos:

> "TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IPTU. ERRO DE FATO. **LANÇAMENTO ORIGINÁRIO QUE NÃO CONSIDEROU EDIFICAÇÃO NO IMÓVEL. REVISÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE**. ART. 149, VIII, CTN. VULNERAÇÃO DO ART. 144 DO CTN RECONHECIDA.
> 1. Recurso especial de autoria do Município de São Bernardo do Campo pretendendo a reforma de acórdão oriundo do TJSP que assumiu o entendimento de que "se o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação (art. 144 do CTN) e se, quando do fato gerador não havia no imóvel qualquer tipo de construção (fl. 16), não é devida qualquer cobrança a esse título, em face de construção verificada posteriormente no imóvel. Quando do lançamento já se havia verificado todos os elementos necessários à sua verificação, fato que torna indevida qualquer modificação posterior".
> 2. **O entendimento externado pela Corte de origem não revela a melhor exegese a ser emprestada ao conteúdo do art. 144 do CTN, que não deve ter interpretação isolada das demais regras do ordenamento jurídico, em especial do Código Tributário Nacional. A par desse dispositivo legal, e de relevante aplicação ao caso concreto, existe o art. 149 do CTN, que disciplina os casos de revisão de ofício pelo ente tributante**.
> 3. **O art. 149, VIII, do CTN contempla hipótese de revisão de ofício se ocorre fato não conhecido ou não provado na ocasião do lançamento originário**. **No caso concreto, verifica-se que houve a quitação integral do IPTU pelo contribuinte e, somente depois, por meio de recadastramento e revisão efetivados pela municipalidade, observou-se uma construção no terreno, que gerou a complementação da cobrança**.
> 4. "Os **lançamentos em geral podem ser objeto de revisão, desde que constatado erro em sua feitura** e não esteja ainda extinto pela decadência o direito de lançar. Tanto o lançamento de ofício, como o lançamento por

> declaração, e ainda o lançamento por homologação, podem ser revistos" (Hugo de Brito Machado, in Curso de Direito Tributário, 19ª ed., Malheiros, 2001, p. 147).
> 5. **Recurso especial conhecido e provido** para que tenha continuidade a execução fiscal." (STJ, RESP nº 1.025.862/SP, 1ª Turma, Rel. Ministro José Delgado, j. 20.05.2008)

Segundo consta do Relatório do aludido *decisum*, o Município de São Bernardo do Campo também havia editado Lei Municipal (lei nº 1.802/69) permitindo, no caso de construção após o dia 1º de janeiro, que fosse efetuado o lançamento de imposto complementar relativo apenas à área construída. Desse modo, o que se pode inferir é que ao julgar pela procedência desse Recurso Especial, nossa Corte de Uniformização Infraconstitucional reputou possível que a legislação municipal contenha disposição permitindo novo lançamento do IPTU caso, posteriormente ao dia 1º de janeiro, seja realizada construção no imóvel.

Ante os argumentos expendidos, conheço do apelo e lhe dou provimento, reformando a sentença vergastada para o fim de julgar o pedido inaugural improcedente, e permitir que o município de Fortaleza proceda ao lançamento complementar nos moldes previstos no art. 103, §3º, da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário Municipal), observado o prazo decadencial. Por via de consequência, revogo a tutela antecipatória concedida no Juízo *a quo*.

Custas e honorários pelo recorrido, estes últimos arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

É como voto.

Fortaleza, 26 de junho de 2012.

PROCESSO:0473788-88.2010.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: BFB LEASING S/A – ARRENDAMENTO MERCANTIL
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. OPORTUNIDADE PARA EMENDA DA INICIAL. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.

A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que é cabível a abertura de prazo a fim de que o autor regularize a petição inicial. A extinção do processo, sem exame do mérito, somente poderá ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo. (STJ. AgRg no Resp. 1206251/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 16.11.2010).

Tendo em vista que a notificação extrajudicial acostada aos autos não fora realizada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, e sim por escritório de advocacia, devem os autos retornarem ao juízo de origem, para que se possibilite ao autor sanar o vício apresentado, nos termos dos artigos 283 e 284, ambos do CPC.

Apelo provido, para desconstituir o *decisum a quo*, remetendo os autos ao juízo de origem, onde prosseguirão até julgamento final.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da apelação cível, para dar-lhe provimento, no sentido de desconstituir a sentença *a quo*, concedendo a abertura do prazo de 10 (dez) dias ao autor para que complete a inicial com a comprovação da mora do devedor através de carta Registrada expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou por protesto do Título, devendo para tanto ser feita remessa dos autos ao juízo *a quo*, onde prosseguirão até julgamento final, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL em face de sentença proferida pelo Juízo da 21ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, julgando extinto o feito, sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC. Elucidou o juízo *a quo*, que não fora realizada a notificação pessoal do devedor, não tendo sido demonstrada a excepcional circunstância que justificasse a sua notificação por outros meios, caracterizando defecção absoluta na prova da mora do devedor. Ao final, considerou que a ação de reintegração de posse ajuizada ressente-se de pressuposto pré-processual de viabilidade.

Inconformada com o julgado *a quo*, sustentou a apelante que não houve intimação da parte autora para emendar a inicial, tendo sido extinto o processo, sem julgamento do mérito. Aduz que o autor utiliza-se de notificação válida como meio de constituir em mora o devedor, tendo sido referida notificação expedida por Cartório de Títulos, conforme autoriza o art. 2º, §2º, do Decreto-Lei 911/69. Acrescenta que em virtude da demora do envio do AR, assinado pelo cliente por parte do Cartório, via malote, o autor ajuizou a ação somente com a notificação positiva autenticada pelo cartório retirada pelo site. Pugna, pela reforma integral da sentença, dando-se total provimento ao recurso, para declarar e decretar a notificação e o aviso de recepção, acostados à inicial, para efeitos de comprovação da mora da apelada, determinando-se ao magistrado *a quo* que aprecie os demais elementos da exordial com vistas à concessão da medida liminar requerida.

Sem contrarrazões por inexistir contraditório, conforme despacho de fls. 52.

Este é o relatório.

Ao Douto Revisor.

VOTO

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Ressalte-se, inicialmente, que antes de adentrar ao mérito, cumpre-me, em juízo de prelibação, verificar se foram preenchidos, no caso em tela, os pressupostos de admissibilidade.

A tempestividade do recurso de apelação está presente, uma vez que, a publicação da sentença ocorreu em 06 de dezembro de 2010, conforme fls. 34 dos autos, tendo a apelação sido interposta no prazo quinzenal (17/12/2010), conforme certidão de fls. 36.

Quanto ao recolhimento do preparo da presente Apelação, conforme determina o art. 511, § único, do Código de Processo Civil, merece destaque o comprovante de pagamento de fls. 51 dos autos.

Há interesse recursal visto que este recurso é o meio necessário para a obtenção da pretensão recursal e a recorrente está em busca de uma situação mais favorável que a decorrente da decisão recorrida.

MÉRITO DA APELAÇÃO

O debate do presente caso cinge-se à discussão quanto à sentença que extinguiu o feito, sem resolução do mérito, em face da falta de pressuposto essencial para a constituição válida e regular do processo, consistente na caracterização da mora, considerando que a notificação apresentada pelo autor não é válida por ter sido realizada através de escritório de advocacia, enquanto a Lei exige a notificação por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, não tendo sido, portanto, efetivada a notificação pessoal do devedor.

In casu, merece transcrição a sentença *a quo*, que julgou pela EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO, *in verbis*:

> "A notificação extrajudicial apresentada nos autos pelo promovente foi realizada através de escritório de advocacia, quando o ordenamento pátrio exige a notificação por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos.
> Desta feita, a comprovação da mora do devedor arrendatário deve esgotar-se no plano extrajudicial, caracterizando-se como condição imprescindível para o ajuizamento da ação de reintegração de posse do bem objeto do *leasing*, sob pena de violar o direito-garantia fundamental e constitucional assecuratório de que ninguém poderá ser privado de seus bens, sem o devido processo legal, âmbito em que o requisito da extrajudicialidade não é validamente suprível pela incidência do art. 219, *caput* do CPC, inclusive porque "constituição em mora" e "prova da mora" são temas distintos e inconfundíveis entre si.
> Assim, não realizada a notificação pessoal do devedor e não demonstrada a excepcional circunstância que justificasse a sua notificação por outros meios, caracteriza-se defecção absoluta na prova da mora do devedor, ocorrendo defecção absoluta na prévia prova extrajudicial da mora do devedor fiduciário, a ação da reintegração de posse ajuizada ressente-se de pressuposto pré-processual de viabilidade.
> Diante do exposto, julgo extinto o presente feito, sem resolução de mérito (...)".

O entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, sumulado no enunciado 369, entende que, *in verbis*:

> "No contrato de arrendamento mercantil, ainda que haja cláusula resolutiva expressa, é necessária a notificação prévia do arrendatário para constituí-lo em mora".

Referida notificação poderá ser realizada ou através de carta registrada

expedida por meio de Cartório de Títulos e Documentos ou poderá ser feita pelo protesto do título, sendo requisito essencial da ação, conforme disposto no §º do artigo 2º do Decreto-Lei nº 911, de 01 de outubro de 1969, aplicável à espécie. Vejamos *in verbis*:

> Art. 2º - omissis
> §1º - omissis
> §2º - A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor.

Este o entendimento dos Tribunais de Justiça do Brasil, *in verbis*:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL INVÁLIDA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MORA DO DEVEDOR. EXTINÇÃO DO PROCESSO.
> 1- A constituição do devedor em mora - imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente (STJ, Súmula nº 72), pode ser caracterizada, a critério do credor, pelo protesto do título ou pela notificação extrajudicial expedida por Cartório de Títulos e Documentos, a teor do disposto no parágrafo 2º, do art. 2º, do Decreto-Lei nº 911/69.2. A notificação extrajudicial acostada não foi realizada por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos, mas através de escritório de advocacia que representa a instituição financeira, em desacordo aos ditames previstos na norma de regência (Dec.-lei 911/69).
> 3. Extinção do feito, com base no art. 267, inc. IV, do CPC, diante da ausência de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo.
> 4. Precedentes jurisprudenciais. Recurso conhecido, mas não provido. Sentença mantida.
> (TJMG. Apelação Cível Nº 0656221-68.2010.8.13.0000 , Rel. Des. Tiago Pinto, Décima Quinta Câmara Cível, 17.03.2011.)

Com efeito, cabe ao juiz, ao verificar que a petição não preenche os requisitos do artigo 282, ou não possui os documentos indispensáveis à propositura da ação determinar que o autor a emende ou a complete no prazo de 10 (dez) dias, para então, acaso não seja cumprida tal diligência, indeferir a exordial.

Com efeito dispõe o artigo 284 do CPC, *in verbis*:

> "Art. 284. Verificando o juiz que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias.
>
> Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Esta Corte de Justiça já se pronunciou em casos análogos, *in verbis*:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. REVELIA. NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CARTÓRIO DE REGISTROS DE TÍTULOS E DOCUMENTOS DE COMARCA DIVERSA DO NOTIFICADO. AUSÊNCIA DE PRESSUPOSTO DE CONSTITUIÇÃO E DESENVOLVIMENTO VÁLIDO E REGULAR DO PROCESSO. IRREGULARIDADE EVIDENCIADA. APLICAÇÃO DO ART. 284 DO CPC. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. PRECEDENTES.
> 1 - A Lei nº 8.935/94, estabelece em ser art. 9º que: "O tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu a delegação."
> 2 - Matérias cognoscíveis de ofício a qualquer tempo e grau de jurisdição.
> 3 - Verificando o julgador que a petição inicial não preenche os requisitos exigidos nos arts. 282 e 283, do CPC, deve determinar que seja emendada, ou completada, no prazo de 10 (dez) dias. Caso não o faça, a peça inicial deve ser indeferida, conforme art. 284 do Caderno de Rito Processual.
> 4 - Ademais, as consequências da revelia não são absolutas. Não deve o julgador considerar, cegamente, como verdadeiros os fatos alegados na inicial.
> 5 - A revelia contém presunção relativa, sendo que os fatos não contestados são reputados verdadeiros, salvo, porém, se o contrário resultar da convicção do juiz.
> 6 - Apelação Cível CONHECIDA e PROVIDA para desconstituir a sentença e determinar a remessa do processo ao juízo de primeiro grau, a fim de que seja oportunizado ao apelado, no prazo legal, fazer a juntada aos autos da Notificação Extrajudicial, lavrada por Cartório de Títulos e Documentos competente.
> (DES. Rel. CELSO ALBUQUERQUE MACÊDO APELAÇÃO CÍVEL Nº 2002.0000.8045-1/1 3ª CÂMARA CÍVEL)

> "EMENTA: APELAÇÃO. CIVIL E PROCESSO CIVIL. ARRENDAMENTO MERCANTIL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. AUSÊNCIA DE OPORTUNIDADE PARA EMENDA DA INICIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 284 DO CPC. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA.
> 1. Cabe ao juiz, ao verificar que à petição inicial não foram agregados os documentos indispensáveis à propositura da ação, determinar que o autor a complete, no prazo de 10 (dez) dias, para então, acaso a diligência não seja cumprida, indeferi-la. CPC, arts. 283 e 284. Ausência de oportunidade para emenda. Necessidade. 3. Recurso conhecido e provido.
> (TJCE.APELAÇÃO CÍVEL. Nº: 438614-18.2010.8.06.0001/1. TERCEIRA CÂMARA CÍVEL. RELATOR: DES. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES)

Do mesmo modo, o entendimento do STJ, em translúcido julgamento, *in litteris*:

> "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. ART. 284 DO CPC. EMENDA DA INICIAL. POSSIBILIDADE.
> A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.
> A jurisprudência do STJ firmou o entendimento de que é cabível a abertura de prazo a fim de que o autor regularize a petição inicial. A extinção do processo, sem exame de mérito, somente poderá ser proclamada depois de proporcionada à parte tal oportunidade, nos termos do art. 284 do CPC, em observância ao princípio da função instrumental do processo. Agravo Regimental não provido.
> (STJ. AgRg no REsp 1206251/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16.11.2010, DJe 04.02.2011).

É firme e unânime o entendimento de que o julgador *a quo* deve conceder oportunidade ao autor, ora apelante, para que possa juntar aos autos os documentos considerados indispensáveis à propositura da ação.

Isto posto, deve ser anulada a sentença recorrida, com a determinação de retorno dos autos ao juízo de origem, possibilitando ao autor sanar o vício apresentado, nos termos dos artigos 283 e 284, ambos do CPC, sob pena de extinção do processo, sem resolução do mérito, conforme artigo 267, inciso I do CPC.

Deste modo, conheço e dou PROVIMENTO AO APELO, concedendo a abertura do prazo de 10 (dez) dias ao autor para que complete a inicial com a comprovação da mora do devedor através de carta registrada expedida por meio de Cartório de Títulos e documentos ou por protesto do título, devendo para tanto ser feita a remessa dos autos ao juízo *a quo*, onde prosseguirão até julgamento final.

É como voto.

Fortaleza, 13 de setembro de 2011.

PROCESSO Nº 0480798-38.2000.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: ROGÉRIO TADEU CAVALCANTE FERREIRA
APELADO: JOÃO PAULO PINHEIRO FERREIRA REPRESENTADO POR MARIA ISA PINHEIRO
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESISTÊNCIA DE AÇÃO MONITÓRIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-ADMINISTRADOR NÃO CONFIGURADA. DANOS MATERIAS E MORAIS NÃO DEMONSTRADOS. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. AUSÊNCIA DO NEXO DE CAUSALIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA.

1. No caso *sub examine*, o promovente/recorrido sustenta a existência de danos materiais e morais em decorrência de um pedido de desistência da Ação Monitória proposta pelo ora recorrente, representando a empresa Tempere Indústria de Temperos e Condimentos Ltda, como sócio minoritário, em face da Companhia de Seguros Minas Brasil.

2. Nos termos do art. 333, I, CPC, cabe ao Autor o ônus da prova, devendo, portanto, utilizar todos os meios de provas admitidos em Direito para comprovar o seu direito. 3. Ocorre que, no presente caso, o autor, ora Apelado, não comprova a existência do nexo de causalidade entre a conduta do recorrente e o dano supostamente alegado, não ensejando a indenização.

4. Apelação conhecida e PROVIDA para reformar a sentença exarada pelo magistrado *a quo,* julgando improcedente a presente Ação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível nº 0480798-38.2000.8.06.0001, em que são partes as acima descritas.

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

Fortaleza, 18 de outubro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Rogério Tadeu Cavalcante Ferreira com o fito de reformar a sentença da lavra do d. Juízo da 26ª Vara Cível que julgou procedente a Ação Indenizatória movida por João Paulo Pinheiro Ferreira em face do ora apelante.

Na exordial da presente Ação Indenizatória, de fls. 02/19, afirma o autor, ora apelado, que é filho do falecido José Maria de Mota Ferreira, o qual era possuidor de 60% do capital social da Empresa Tempere Indústria de Temperos e Condimentos Ltda.. O sócio minoritário de tal empresa é o promovido/ora apelante, que também é irmão do apelado, só que de mãe diferente. Salienta, ainda, que seu irmão é detentor de 40% do capital social, e que, com o falecimento do pai, assumira a administração da empresa.

Narra que a referida empresa celebrou um contrato de seguro com a seguradora Minas Brasil no valor de R$ 1.595.000,00 (hum milhão, quinhentos e noventa e cinco mil reais), sendo que R$ 1.450.000,00 (hum milhão quatrocentos e cinquenta mil reais) restaram vinculados à ocorrência de incêndio, o que de fato aconteceu no dia 19 de agosto de 1995, tendo resultado na perda total do estoque e desmoronamento da filial da firma em questão. A primeira parcela do montante assegurado foi recebida pelo sócio majoritário antes de seu falecimento, no valor de R$ 753.079,66 (setecentos e cinquenta e três mil, setenta e nove reais e sessenta e seis centavos).

Em virtude do falecimento do sócio majoritário, o ora promovido/recorrente interpôs uma Ação Monitória em face da Companhia de Seguros e Minas Brasil, cujo processo tramitou na 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza (sob o nº. 96.02.17258-4). Destaca que, na qualidade de um dos herdeiros do sócio falecido, se habilitou no processo em comento, representado por sua genitora, para requerer que o valor a ser pago pela seguradora ficasse à disposição daquele juízo até que se definissem os termos do inventário do *de cujus*.

Ocorre que, apesar do processo se encontrar quase em fase de sentença, o ora requerido/recorrente pediu desistência da Ação em comento, requerimento homologado pelo juízo processante, extinguindo o processo, sem intimar quaisquer dos advogados do promovente.

Ao tomar conhecimento da referida sentença, o suplicante interpôs, tempestivamente, recurso de Apelação, o qual foi, equivocadamente, julgado intempestivo pelo juízo da 10ª Vara Cível, que deixou de recebê-lo. Inconformado, o autor da presente Ação propôs Agravo de Instrumento perante o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

Em virtude da desistência da referida Ação Monitória, entende o promovente que restaram configurados danos materiais e morais em seu desfavor, pelo que pediu

fosse o promovido condenado a pagar o valor de R$ 489.600,00 (quatrocentos e oitenta e nove mil e seiscentos reais).

Em sede de contestação, de fls. 72/82, destaca o promovido, preliminarmente, carência de ação, posto que a empresa tem personalidade jurídica distinta da do falecido e que o valor perseguido seria exclusivamente destinado a esta, para o pagamento de dívidas, e que o promovente somente faria jus ao recebimento de qualquer valor via apuração de haveres, não de pagamento de seguro da empresa. No mérito, alega que os prejuízos posteriores ao falecimento não fazem parte da apuração de haveres de sócio participante de entidade comercial. Pugna pela improcedência autoral.

Réplica às fls. 65 e 66.

Tentada a conciliação, não houve êxito.

Após a apresentação dos memoriais, o juiz *a quo* prolatou a sentença de fls. 698/701, julgando procedente a Ação Indenizatória, para condenar o promovido ao pagamento de R$ 489.600,00 (quatrocentos e oitenta e nove mil e seiscentos reais), devidamente corrigidos, com juros, a partir da citação, relativamente aos danos morais e materiais, mais custas e despesas processuais, bem como honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

Da decisão proferida foram opostos embargos de declaração pelo suplicado, os quais foram rejeitados (às fls. 716), entendendo o juízo processante que estes tinham inconformismos meramente modificativos do mérito.

Irresignada, a parte sucumbente interpôs Apelação Cível, de fls. 719/753, asseverando, preliminarmente, impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade ativa, ou, ainda, litispendência com a Ação de Inventário, razões que ensejariam na extinção do processo sem resolução do mérito.

No mérito, diz, em suma, que o recorrido não demonstrou a existência de qualquer dano material ou moral, inexistindo nexo de causalidade, pelo que seria a sentença nula, por *error in procedendo* e *error in judicando*, pugnando pela reforma integral da decisão invectivada.

Recebido o recurso em seus efeitos legais, ascenderam os autos a esta e. Corte, ocasião em que foram regularmente distribuídos ao e. Des. João de Deus Barros Bringel (em 22/10/2008).

Redistribuído o processo à e. Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira, em 18/05/2009, esta apreciou o petitório de fls. 720/773, reconhecendo a nulidade da intimação para apresentar contrarrazões ao presente recurso, determinando a renovação de tal ato processual.

Contrarrazões apresentadas às fls. 786/793, reiterando os argumentos recursais e salientando que estão devidamente comprovados os danos sofridos pelo autor ora recorrido, pelo que requer seja mantida a sentença de primeira instância.

Feita nova redistribuição dos autos, vieram-me conclusos, por vez primeira, em 29 de agosto de 2011.

É o relato.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 22 de setembro de 2011.

VOTO

Trata-se de recurso de Apelação Cível interposto por Rogério Tadeu Cavalcante Ferreira com o fito de reformar a sentença da lavra do d. Juízo da 26ª Vara Cível que julgou procedente a Ação Indenizatória movida por João Paulo Pinheiro Ferreira**.**

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

O cerne da questão cuida da apuração de danos morais e materiais advindos da desistência da Ação Monitória proposta pelo ora recorrente, representando a empresa Tempere Indústria de Temperos e Condimentos Ltda, como sócio minoritário, em face da Companhia de Seguros Minas Brasil.

É que a referida empresa possuía uma Apólice de Seguro contra Incêndio no valor R$ 1.595.000,00 (hum milhão, quinhentos e noventa e cinco mil reais), havendo a companhia de seguro em questão pago apenas a primeira parcela do montante assegurado - no valor de R$ 753.079,66 (setecentos e cinquenta e três mil, setenta e nove reais e sessenta e seis centavos) – quantia recebida diretamente pelo sócio majoritário da empresa segurada antes de seu falecimento.

Na expectativa do recebimento do restante da apólice, um dos herdeiros do sócio majoritário, tentou habilitar-se na Ação Monitória, não logrando êxito, havendo o representante da empresa pedido desistência da Ação em fito, o que teria ocasionado danos materiais e morais ao herdeiro ora recorrido. O juiz de primeira instância, entendendo estarem configurados os danos alegados, acolheu integralmente o pedido exordial.

Ocorre que a sentença vergastada merece reforma, eis que desprovida de fundamentos jurídicos, fáticos e probatórios, como será a seguir demonstrado.

A indenização é a forma de reparar ou compensar alguém pelo dano causado pela ação ou omissão, e que tenha acarretado prejuízo ou desequilíbrio ao patrimônio, ou à integridade física ou psicológica de outrem, atingindo sua dignidade.

Comprovado o dano, quer material ou moral, deve estar presente o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano sofrido. Somente neste caso não há como ser afastado o dever de indenizar.

In casu, conforme alegado pelo autor, os danos materiais e morais adviriam diretamente do não recebimento do montante restante da Apólice em questão.

Observando detidamente os autos, vê-se que há prova documental produzida na Ação Monitória, na qual se levanta a suposição de fraude de incêndio pela empresa segurada. É o que se depreende do Relatório de Averiguação de Sinistro de fls.

158/194, o qual expõe conclusivamente:

> Assim exposto, conclui-se pela necessidade da realização de novas averiguações, sendo estas de maior amplitude e de forma sigilosa, uma vez que, até o presente momento, todos os dados, fatos e informações obtidas levam à suspeição de uma fraude contra a companhia de seguros Minas Brasil.

Destarte, o recebimento do seguro estava sendo discutido em juízo, havendo apenas a expectativa de pagamento, com fortes indícios de fraude contra a seguradora, o que poderia ensejar em cancelamento da apólice.

Ora, o dano material deve ser efetivamente comprovado, o que não ocorreu nos presentes autos. Ademais, deve o dano ser certo, sendo absolutamente necessária a comprovação do dano efetivamente suportado pela vítima, não podendo-se trabalhar com simples hipóteses.

Nesse sentido, os Embargos de Declaração no REsp 809.594/PR:

> PROCESSO CIVIL. DECISÃO MONOCRÁTICA. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRARIEDADE AOS ARTIGOS 159 DO CPC E 1.539 DO CC. DANOS MATERIAIS NÃO-COMPROVADOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NO STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA N. 7/STJ.
> 1. *Omissis*
> 2. Em sede de reparação por danos materiais, exige-se que haja comprovação de perda de patrimônio, seja de danos emergentes ou de lucros cessantes, não bastando alegações genéricas de perda salarial (…)

De fato, não era certo o recebimento do montante buscado pela Ação Monitória, razão pela qual tampouco pode se falar em configuração de dano material.

Já quanto ao dano moral, este corresponde à ofensa causada a alguém atingindo atributos da personalidade, valores como a honra, a imagem, a intimidade, a privacidade.

Consoante entendimento majoritário, o mero transtorno, incômodo ou aborrecimento não se revelam suficientes à configuração do dano moral. O direito deve reservar-se a tutelar fatos graves, que atinjam bens jurídicos relevantes, sob pena de banalização do instituto com a constante reparação de diminutos dissabores ocorridos na vida cotidiana.

Acerca do tema, preleciona Sérgio Cavalieri Filho, *ad verbum*:

> Só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo à normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflições, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa,

> irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. Atlas: 9ª ed. 2010)

Não se exige aqui a comprovação da dor, do sofrimento ou da humilhação a autorizar a condenação aos danos morais, mas a comprovação da ocorrência dos fatos geradores desses sentimentos negativos, e ainda, a comprovação de que o promovido foi o agente causador destes fatos.

Entretanto, não há provas cabais de dano moral sofrido, assim como não poderia ter sido atribuído suposto dano ao promovido, ora recorrente.

Perceba-se que o único fato atribuído à responsabilidade do sócio-gerente da empresa foi o de ter pedido desistência da Ação Monitória contra a seguradora, que visava o recebimento o valor que faltava para receber da Apólice de Incêndio.

Todavia, afirma o recorrente que a razão pela qual entendeu por bem pedir desistência da Ação em comento, foi a suspeita de fraude contra a seguradora, estando a conduta do apelante pautada dentro dos aspectos legais, agindo no seu exercício regular de direito, buscando salvaguardar o interesse da empresa.

Tampouco observo qualquer dano ao espólio e seus herdeiros, posto que o promovido/apelante fez prova nos autos de que o Juízo da 4ª Vara de Sucessões determinou a apuração de haveres da Sociedade em comento (fls. 104), nos termos do art. 993 do Código de Processo Civil.

Outrossim, não há nexo de causalidade entre a atitude do recorrente em desistir da Ação com o dano alegado pelo recorrido, pois o próprio, como herdeiro do falecido sócio majoritário, poderia pleitear o recebimento do montante devido pela seguradora. O fato de o juiz processante da Ação Monitória não ter efetivado sua intimação nos autos da decisão de extinção do processo, ou não ter recebido, equivocadamente, o Apelo do ora recorrido, não enseja em responsabilidade ao sócio promovido.

Isto posto, com arrimo nos fundamentos acima expendidos, conheço da Apelação Cível, para dar-lhe provimento, julgando improcedente a presente Ação de Indenização. Condeno a parte autora à verba sucumbencial, todavia a mesma fica isenta, face os benefícios da Lei 1060/50.

É como voto.

Fortaleza, 18 de outubro de 2011.

Nº PROCESSO: 0050344-43.2000.8.06.0001
TIPO DO RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL
TIPO DE PROCESSO: AÇÃO ACIDENTÁRIA TRABALHISTA.
REMETENTE: 9ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
APELANTE: INSTITUTO NACIONAL DE SEGURO SOCIAL - INSS
APELADO: EDILSON OLIVEIRA FEITOSA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO.
AJ001

EMENTA: TRABALHO. AÇÃO ACIDENTÁRIA. APELAÇÃO. ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. ACIDENTE DE TRABALHO OCORRIDO ANTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N° 9.528/97 PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. PRECEDENTES DO STJ E TURMA DE UNIFICAÇÃO TRF. ACÓRDÃOS 23226120104013400 DF; AgRg no REsp 1137886/MG; AgRg no REsp 1091213/SP; AgRg no REsp 625.778/SP; AgRg no REsp 625.778/SP; AR 3.276/SP; AgRg no AgRg no REsp 692.752/SP e REsp n° 478.231/SP. 1.AUSÊNCIA DE ENCAMINHAMENTO À REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. COMPETÊNCIA AUTARQUICA. INOBSERVAÇÃO.

1. A possibilidade de reabilitação profissional não deve ser analisada exclusivamente sob o ponto de vista clínico e físico. Em tese, havendo incapacidade parcial para o trabalho, circunstâncias de natureza sócio econômica, profissional e cultural especificamente suscitadas pelo requerente, devem ser levadas em conta para aferir se existe, na prática, real possibilidade de reingresso no mercado de trabalho. Reafirmando a tese de que a possibilidade de reabilitação profissional não deve ser analisada exclusivamente sob o ponto de vista clínico e físico.
2. SENTENÇA MANTIDA.
RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação e Reexame Necessário nº 0050344-43.2000.8.06.0001, em que são partes Apelante: Instituto Nacional de Seguro Social – INSS e Apelado: Edilson Oliveira Feitosa.

Acordam, os Desembargadores membros desta 7ª Câmara Cível, em

Conhecer do Recurso de Apelação, mas para IMPROVÊ-LO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Em face da sentença de primeiro grau, oriundo da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/CE., o apelante/requerido almeja a reforma da sentença que julgou procedente o pleito contido na ação acidentária, que condenou o INSS/requerido na concessão de aposentadoria por invalidez acidentária, a qual faz jus, no percentual de 100% (cem por cento), de seu salário benefício, fixando como seu termo inicial a data da vinda aos autos do laudo pericial de fls 79, ou seja, o dia 29.07.1999, condenando-o ainda, no pagamento de juros moratórios à razão de 12% (doze por cento) ao ano, a partir da mesma data, assim como a aplicação da correção monetária, além do pagamento de custas processuais e honorários arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o *quantum debeatur*. É o que se lê das fls. 164/166.

Assentou seu inconformismo por meio de Apelação Cível (fls.184/192), buscando a reforma integral do *decisorium litis*, asseverando, que a sentença deve ser anulada, com o retorno dos autos à origem, para que se possa produzir prova pericial médica judicial, assim, averiguando se o apelado faz jus ao benefício acidentário respectivo, por homenagem ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, com a inversão dos ônus sucumbenciais, nos termos da Súmula 111 do STJ.

Intimado da pretensão recursal, o apelado apresentou contrarrazões ás fls. 197/202. No segundo grau, a douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento do recurso, mas por seu total improvimento (fls.216/222).

Distribuídos e redistribuídos, o feito chegou até meu gabinete (fls.236/237).

É o breve relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 04 de outubro de 2012.

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 transpasse para o juízo de mérito.

Ab initio, faz-se imperioso destacar que o litígio em análise envolve obreiro, deferido o benefício do auxílio-acidente NB 043839.535-2, na forma dos arts. 86 e segs. da Lei 8.213/91, em 20.04.1994, data em que teria ingressado no judiciário, por ter sido cessado o auxílio-doença acidentário, concedido em 1990.

Consta dos autos a emissão de CAT, datado de 20.07.1990 (fl.12).

A concessão da aposentadoria por tempo de contribuição foi negada, já que o laudo pericial de fl.79, trazendo consignado que: "o autor tem condições de desempenhar outra atividade laboral que não a anteriormente exercida". Mas, traz no *decísum* o entendimento do magistrado de piso, que compete à autarquia proceder a reabilitação do requerente/apelado, *in verbis*:

> "Ocorre, porém, que competia – como compete – ao suplicado proceder a reabilitação profissional do autor, direito a este assegurado pelas regras dos arts. 89-92 da Lei da Previdência Social (Lei nº 8213, de 24.07.091, publicada no DOU de 14.08.91). E exatamente porque não adotou – ou, pelo menos, não arguiu que o fez – essa providência, ao suplicado competia, como competente, assegurar ao requerente a aposentadoria por invalidez prevista nos arts. 42 e 44 da Lei aludida."

A possibilidade de reabilitação profissional não deve ser analisada exclusivamente sob o ponto de vista clínico e físico. Em tese, havendo incapacidade parcial para o trabalho, circunstâncias de natureza sócio econômica, profissional e cultural especificamente suscitadas pelo requerente, devem ser levadas em conta para aferir se existe, na prática, real possibilidade de reingresso no mercado de trabalho. Ao ignorar as questões suscitadas no recurso inominado em torno desse ponto, o acórdão recorrido divergiu do entendimento consolidado na TNU.

A concessão da aposentadoria por invalidez é possível apenas nos casos em que a moléstia incapacitante, ou o acidente típico, tenham ocorrido em data anterior à edição da Lei nº 9.528/97, o que é justamente o caso dos autos.

Nesse sentido:

> "PREVIDENCIÁRIO. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. JUROS DE MORA. CARÁTER ALIMENTAR. EVIDENCIADA A CAPACIDADE LABORAL POR MEIO DO PROGRAMA DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL E CONFIRMADA PELA PERÍCIA JUDICIAL, É DEVIDA A APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. NAS AÇÕES PREVIDENCIÁRIAS, OS JUROS DE MORA SERÃO DE 12% (DOZE POR CENTO) AO ANO, EM FACE DO CARÁTER ALIMENTAR. (401319320068070015 DF 0040131-93.2006.807.0015, Relator: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Data de Julgamento: 18/04/2012, 6ª Turma Cível, Data de Publicação: 26/04/2012, DJ-e Pág. 146).
>
> I- AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROVIMENTO. REINTEGRAÇÃO. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. Caracterizada a divergência jurisprudencial, merece processamento o recurso de revista. Agravo de instrumento conhecido e provido.
>
> II- RECURSO DE REVISTA. REINTEGRAÇÃO. REABILITAÇÃO PROFISSIONAL. Extratifica-se, com base no art. 93 da Lei nº 8.213/91, que a dispensa imotivada de trabalhador deficiente ou reabilitado só poderá ocorrer após a contratação de substituto em condição semelhante.

> Descumprida a exigência legal de manutenção de percentual de cargos que devem ser preenchidos com beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência, impõe-se a reintegração do trabalhador. Recurso de revista conhecido e provido. 938.213". (928002420095020431 92800-24.2009.5.02.0431, Relator: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 16/05/2012, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 18/05/2012).
>
> "PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. INCAPACIDADE ANTERIOR À LEI 9.528/97. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. As Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmaram entendimento no sentido de que, tendo a incapacidade do obreiro ocorrido em momento anterior à vigência da Lei 9.528/97, como na hipótese, é possível a cumulação do auxílio acidente com a aposentadoria por tempo de serviço.
> 2. Recurso especial conhecido e improvido." (STJ, Resp 468906/SP, 5ª Turma, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Nesse sentido, colacionam-se excertos jurisprudenciais daquele Tribunal Superior, *in verbis*:

> VOTO/AGRAVO REGIMENTAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. INCAPACIDADE PARCIAL PARA O TRABALHO. ANÁLISE DAS CONDIÇÕES PESSOAIS PARA DESCARTAR POSSIBILIDADE DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL.
> 1. A sentença julgou parcialmente procedente o pedido para condenar o INSS a conceder auxílio-doença, negando direito à conversão do benefício em aposentadoria por invalidez. O acórdão recorrido manteve a sentença por considerar que a incapacidade para a atividade habitual era temporária e que o laudo pericial atestou a possibilidade de reabilitação profissional. Todavia, o julgado ignorou a apreciação das condições pessoais para efeito de descartar a possibilidade de reabilitação profissional. A questão havia sido suscitada no recurso inominado.
> 2. O Presidente da TNU não conheceu do incidente de uniformização por pressupor que havia indevida pretensão a reexame de prova. A requerente interpôs agravo regimental contra a decisão monocrática de inadmissibilidade.
> 3. O incidente de uniformização não embute pretensão direta a reexame de prova, mas apenas arguição de divergência jurisprudencial em torno de critério jurídico para valoração da prova. Não cabe à TNU decidir se, no caso concreto, as condições pessoais da requerente são suficientes para caracterizar a impossibilidade de reingresso no mercado de trabalho, mas apenas definir, em tese, se tais condições precisam ser levadas em conta na aferição da possibilidade de reabilitação profissional. Incidente conhecido.
> 4. A possibilidade de reabilitação profissional não deve ser analisada exclusivamente sob o ponto de vista clínico e físico. Em tese, havendo incapacidade parcial para o trabalho, circunstâncias de natureza socioeconômica, profissional e cultural especificamente suscitadas pelo

> requerente devem ser levadas em conta para aferir se existe, na prática, real possibilidade de reingresso no mercado de trabalho. Ao ignorar as questões suscitadas no recurso inominado em torno desse ponto, o acórdão recorrido divergiu do entendimento consolidado na TNU.
> 5. Agravo provido para conhecer do incidente de uniformização e lhe dar parcial provimento: (a) reafirmando a tese de que a possibilidade de reabilitação profissional não deve ser analisada exclusivamente sob o ponto de vista clínico e físico; (b) anulando o acórdão recorrido; (c)determinando a devolução dos autos à Turma Recursal de origem para que retome o julgamento do recurso inominado interposto em face da sentença, com adequação à tese jurídica ora firmada. (23226120104013400 DF , Relator: JUIZ FEDERAL ROGÉRIO MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 29/03/2012, Data de Publicação: DOU 25/05/2012)

A data do acidente que deve nortear a decisão sobre a possibilidade ou não de cumulação, mas sim o dia em que ocorreu o acidente provocador da moléstia considerada incapacitante. Assim, a posterior concessão de auxílio-acidente, e mesmo da aposentadoria por tempo de contribuição, ainda que na vigência da Lei n° 9.528/97, não interfere no direito ao percebimento simultâneo com o auxílio-acidente.

Nesse sentido, dentre diversos outros precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> "PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE E APOSENTADORIA. CUMULAÇÃO. FATO GERADOR ANTERIOR À LEI N. 9.528/1997. POSSIBILIDADE.
> 1. Demonstrado nos autos que o acidente causador da incapacidade é anterior à alteração introduzida pela Lei n. 9.528/1997 à Lei nº. 8.213/1991, impõe-se reconhecer como devida a percepção cumulativa do benefício acidentário com a aposentadoria.
> 2. Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1137886/MG, rel. Min. Jorge Mussi, j. 06/04/2010).

> "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE VITALÍCIO. REQUISITOS PREENCHIDOS ANTES LEI 9.528/97. APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE.
> I - É possível a concessão de auxílio-acidente, de forma vitalícia, desde que a moléstia tenha eclodido antes do advento da Lei n° 9.528/97. Precedentes.
> II - O auxílio-acidente, concedido em face de moléstia anterior à Lei 9.528/97, pode ser cumulado com o benefício de aposentadoria por tempo de serviço. Precedentes. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1091213/SP, rel. Min. Felix Fischer, j. 16/03/2010).

> "PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. ECLOSÃO DE MOLÉSTIA INCAPACITANTE ANTERIOR À LEI 9.528/97. CUMULAÇÃO COM APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
> 1. É firme neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido da

possibilidade de cumulação do benefício acidentário com aposentadoria se o fato gerador da moléstia incapacitante for anterior à Lei 9.528/97
2. Agravo interno ao qual se nega provimento" (STJ, AgRg no REsp 625.778/SP, rel. Min. Celso Limongi, Des. convocado do TJ/SP, j. 01/10/2009).

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. ERRO DE FATO. OCORRÊNCIA. CUMULAÇÃO DE APOSENTADORIA E AUXÍLIO-ACIDENTE. MOLÉSTIA CONSOLIDADA ANTES DA NORMA PROIBITIVA. POSSIBILIDADE.
1. Não há óbice à cumulação do benefício previdenciário da aposentadoria com o auxílio-acidente. desde que a moléstia tenha eclodido antes do advento da Lei n.° 9.528/97, por forca do princípio *tempus regit actum*.
2. Na hipótese em análise, foi possível determinar que a moléstia eclodiu antes da norma proibitiva, razão pela qual não há falar em inacumulabilidade de auxílio acidente e aposentadoria. Além do que, tendo a ação do processo originário sido ajuizada antes da entrada em vigor da MP n.° 1.596/97, convertida na Lei n.° 9.528/97, com maior razão se evidencia que a incapacidade laboral deu-se em momento anterior à vigência do supracitado preceito legal.
3. Como o julgado rescindendo considerou como inexistente um fato existente - a eclosão da moléstia em data anterior à edição da Lei n.° 9.528/97, torna-se evidente o erro de fato.
4. Ação julgada procedente para, em *judicium rescindens*, cassar o acórdão rescindendo e, em *judicium rescisorium*, dar provimento ao recurso especial da parte autora" (STJ, AR 3.276/SP, rel. Min Laurita Vaz,, j. Em 12/12/2007).

"PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AUXÍLIO ACIDENTE. CUMULAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOLÉSTIA SURGIDA ANTES DA LEI 9.528/97. PRECEDENTE DA TERCEIRA SEÇÃO. AGRAVO IMPROVIDO.
1. Havendo surgimento da moléstia em data anterior à edição da Lei 9.528/97, será possível a cumulação do auxílio-acidente com a aposentadoria (EREsp 351.291/SP, rel. Min LAURITA VAZ, Terceira Seção, DJ de 11/10/2004).
2. Restando incontroverso a existência de moléstia incapacitante, de cunho laboral e caráter degenerativa, possível é a concessão do auxílio-acidente em caráter vitalício, pois seu desenvolvimento se deu aos longo dos anos de labor iniciados em 1980, anterior, portanto, à edição da norma proibitiva. Lei n° 9.528/97, em 11/12/1997.
3. Para adequar o caso ao entendimento jurisprudencial da matéria, necessário se faz o exame dos autos a partir dos elementos probatórios que o caso exige, sem que isso implique em reexame de provas, conforme sustentou o recorrente, mas sim em valoração de pontos fixados pelas instâncias ordinárias.
4. Agravo regimental conhecido, mas improvido" (STJ, AgRg no AgRg no REsp 692.752/SP, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j. 16/08/2007).

Cabe destacar, voto do Des. Adel Ferraz, integrante da Colenda 17ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 0414732-

24.2009.8.26.0577, que "*o pagamento cumulado dos mencionados benefícios torna inaplicável, por imperativo lógico, a regra prevista no art. 31, da Lei n° 8.213/91, considerando que um método de cálculo/pagamento é excludente do outro. Aludido dispositivo deve ser aplicado somente nas situações em que o evento lesivo se verificar na vigência da Lei n° 9.528/97"*.

Consoante pronunciamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

> "diante de tal circunstância, outra análise, necessariamente, deve ser feita, qual seja, se há ou não a possibilidade do auxílio-acidente ser integrado ao salário de contribuição, para fins de cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria. A esse respeito, a Lei n° 9.528/97, apesar de proibir o recebimento vitalício do auxílio acidente, ao alterar o art. 31 da Lei n° 8.213/91, estabeleceu que o valor mensal desse auxílio integrasse o salário-de-contribuição, para fins de cálculo do salário - de benefício de qualquer aposentadoria. Diante dessa modificação legal, a jurisprudência desta Corte de Justiça consolidou-se no sentido de que, em caso de cumulação de benefícios, o auxílio-acidente deverá ser afastado do salário-de-contribuição, sob pena de recebimento em 'bis in idem' (...) o acórdão apontado como paradigma está em consonância com o entendimento prevalente nesta Corte de Justiça, porquanto, estando recebendo o auxílio-acidente em caráter vitalício, o segurado não faz jus à inclusão desse ao salário-de-contribuição." (REsp n° 478.231/SP, 6a Turma, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, j . 17/05/2007).

> AGRAVO REGIMENTAL - NEGATIVA DE SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO ACIDENTÁRIA - DETERMINAÇÃO DE REABILITAÇÃO PROFISSIONAL - CONSONÂNCIA COM LAUDO MÉDICO RECENTE - MANIFESTA IMPROCEDÊNCIA. IRRETOCÁVEL A DECISÃO *A QUO* QUE, VALENDO-SE DE LAUDO PERICIAL MÉDICO RECENTE E CONCLUSIVO PELA AUSÊNCIA DE SINAIS DA DOENÇA, DETERMINA O ENCAMINHAMENTO DA EMPREGADA À REABILITAÇÃO PROFISSIONAL.(20070020096953 DF , Relator: SÉRGIO BITTENCOURT, Data de Julgamento: 12/09/2007, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 02/10/2007 Pág. : 125).

Da leitura dos *decisum* acima colacionados, averigua-se, ao contrário, do que quer fazer crer a autarquia, o juízo monocrático local, determinou o termo inicial do benefício acidentário, na data da juntada do laudo, decidindo a questão de acordo com o entendimento firmado nas Cortes Superiores de que, havendo pagamento de auxílio-doença, se houvesse convolado em aposentadoria por invalidez, seria desta data, como não convolou, se computa devido a partir da juntada do laudo pericial, observando-se a prescrição quinquenal.

Nesse sentido, confiram-se:

> A - AGRAVO INTERNO. AUXÍLIO-ACIDENTE. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA. PRECEDENTES. 1. É assente na

recente jurisprudência desta Corte o entendimento de que o termo inicial do benefício acidentário deve ser o dia seguinte à cessação do auxílio-doença.
2. Decisão mantida pelos seus próprios fundamentos.
3. Agravo interno ao qual se nega provimento. (AgRg no REsp nº 1.209.952/PR, relator o Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), DJe de 21/2/2011)

B - PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. AUXÍLIO-ACIDENTE. REEXAME DE PROVAS. NÃO-OCORRÊNCIA. DISACUSIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGALMENTE EXIGIDOS. SÚMULA Nº 44/STJ. APLICABILIDADE. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. DEVER DE OBSERVÂNCIA AO ART. 543-C, § 7.º, INCISOS I E II, DO CPC E DA RESOLUÇÃO STJ Nº 08, DE 7/8/2008. (...)
6. Nas hipóteses em que há concessão de auxílio-doença na seara administrativa, o termo inicial para pagamento do auxílio-acidente é fixado no dia seguinte ao da cessação daquele benefício, ou, havendo requerimento administrativo de concessão do auxílio-acidente, o termo inicial corresponderá à data dessa postulação. Contudo, tal entendimento não se aplica ao caso em análise, em que o Recorrente formulou pedido de concessão do auxílio-acidente a partir da data citação, que deve corresponder ao *dies a quo* do benefício ora concedido, sob pena de julgamento *extra petita*.
7. Recurso especial provido. Jurisprudência do STJ reafirmada. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ nº 08, de 7/8/2008. (REsp nº 1.095.523/SP, relatora a Ministra Laurita Vaz, DJe de 5/11/2009).

C - RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO EXPLÍCITO. DESNECESSIDADE. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-ACIDENTE. TERMO INICIAL. DATA DA JUNTADA DO LAUDO. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. INAPLICABILIDADE DO CRITÉRIO DO RECURSO DE REVISTA Nº 9.859/1974. (...)
3. Em regra, "(...) o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença, independentemente de qualquer remuneração ou rendimento auferido pelo acidentado, vedada sua acumulação com qualquer aposentadoria." (artigo 86, parágrafo 2º, da Lei n° 8.213/1991).
4. Em não havendo concessão de auxílio-doença, esta Corte Superior de Justiça, interpretando o *caput* do artigo 86, firmou o entendimento de que, salvo nos casos em que haja requerimento do benefício no âmbito administrativo, a expressão "após a consolidação das lesões" constitui o termo inicial para a concessão do auxílio-acidente, identificando-o com a juntada do laudo pericial em juízo. (...)
8. Recurso provido. (REsp nº 442.142/SP, relator o Ministro Hamilton Carvalhido, DJe de 3/8/2009).

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. AUSÊNCIA DE CONCESSÃO DE

> AUXÍLIO-DOENÇA E DE REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. TERMO INICIAL. DATA DA CITAÇÃO. INCIDÊNCIA DE JUROS DE MORA DESDE A CITAÇÃO ATÉ A HOMOLOGAÇÃO DA CONTA DE LIQUIDAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PERCENTUAL. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 7/STJ. BASE DE CÁLCULO. PRESTAÇÕES VENCIDAS ATÉ A SENTENÇA. SÚMULA 111/STJ. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. De acordo com o art. 86, § 2º da Lei 8.213/1991, o auxílio-acidente será devido a partir do dia seguinte ao da cessação do auxílio-doença. 2. Entretanto, não havendo concessão de auxílio-doença, bem como ausente o prévio requerimento administrativo para concessão do auxílio-acidente, como no caso, o termo *a quo* para o recebimento desse benefício é a data da citação, visto que, a par de o laudo pericial apenas nortear o livre convencimento do Juiz e tão-somente constatar alguma incapacidade ou mal surgidos anteriormente à propositura da ação, é a citação válida que constitui em mora o demandado (art. 219 do CPC). (...)
> 7. Agravo Regimental do INSS e do segurado desprovidos. (AgRg no REsp nº 1.049.242/SP, relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 24/11/2008) No mesmo sentido o Ag nº 1.238.689/MG, Relatora a Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 27/9/2011.

Nesse contexto, o auxílio-acidente não pode integrar o valor dos salários de contribuição utilizados para o cálculo da renda mensal inicial da aposentadoria previdenciária, porquanto, com ela cumulável, sob pena de recebimento *bis in idem*. Os juros serão de 1% ao mês, e a atualização das prestações em atraso deverá ser observada a sistemática prevista na Lei n° 8.213/91 e alterações pertinentes, em especial a prevista na Lei n° 9.711/98, a qual determinou a utilização do IGP-DI no período de 05/1996 a 03/2006 e, a partir de 04/2006, do INPC (art.41, da Lei n. 8.213/91, incluído pela Lei n. 11.430/06, e REsp n. 1.107.839/SP).

Neste sentido:

> PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. TERMO INICIAL. JUNTADA DO LAUDO PERICIAL AOS AUTOS. PECÚLIO. BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO ÚNICA REVOGADO PELAS LEIS 9.219/95 E 9.032/95. MOLÉSTIA INCAPACITANTE. ECLOSÃO ANTES DA PROPOSITURA DA AÇÃO. FATO GERADOR ANTERIOR À LEI 9.129/95. PRINCÍPIO *TEMPUS REGIT ACTUM*. APLICAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> I - A fixação do termo inicial do benefício acidentário decorre, simplesmente, da aplicação da jurisprudência pacífica desta Corte, que fixa o termo *a quo* do benefício, na data da juntada do laudo pericial aos autos, quando a incapacidade não for reconhecida administrativamente.
> II - O pecúlio, revogado pelas Leis 9.129/95 e 9.032/95, era um benefício de prestação única, pago aos beneficiários da previdência social nos seguintes casos: a. ao segurado que se incapacitasse definitivamente para o trabalho antes de completar o período de carência; b. ao segurado ou a seus dependentes, em caso de invalidez ou morte decorrente de acidente

> do trabalho.
> III - *In casu*, da análise dos autos, verifica-se que a parte autora tem direito ao pecúlio, pois o Tribunal *a quo*, apoiado nos elementos contidos no laudo pericial apresentado, entendeu pela existência da incapacidade total do obreiro para o trabalho. Os autos também dão conta de que o acidente de trabalho (fato gerador do benefício) ocorreu em 24 de janeiro de 1991, antes, portanto, da edição da Lei 9.129/95.
> IV - **Desta forma, descabida a invocação, pela Autarquia, de que o autor só teve sua incapacidade total e definitiva comprovada pela realização da perícia judicial, a qual se deu após a vigência da Lei 9.129/95, pois o princípio aplicável à espécie é o *tempus regit actum*.**
> V - Com base nestas inferências, deduz-se que a irretroatividade da Lei pretendida pelo Instituto é descabida, uma vez que o infortúnio acometeu o autor em data anterior à edição da Lei 9.129/95.
> VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 604.171/ES, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 22/03/2004, p. 363) GRIFOS NOSSOS.
>
> PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. TERMO INICIAL. CESSAÇÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA.
> 1. Esta Corte firmou entendimento no sentido de que, havendo pagamento de auxílio-doença, o benefício acidentário é devido a partir do dia seguinte à sua cessação.
> 2. Recurso especial a que se nega seguimento. O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS interpõe recurso especial calcado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional desafiando acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assim ementado RECURSO ESPECIAL Nº 1.210.363 - MG (2010/0159931-6) RELATOR : MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE.
> BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO - AUXÍLIO ACIDENTE - APOSENTADORIA - CUMULAÇÃO - CONCESSÃO ANTERIOR À LEI Nº 9.528, DE 1997 - POSSIBILIDADE - NÃO APLICAÇÃO DA ATUAL REDAÇÃO DO ART. 31 DA LEI Nº 8.213, DE 1991 - DIREITO ADQUIRIDO – PROCEDÊNCIA. O auxílio acidente, antes da alteração promovida pela Lei nº 9.528 de 1997, era vitalício e poderia ser cumulado com qualquer outro benefício, inclusive a aposentadoria. O beneficiário tem direito à cumulação do auxílio acidente com a aposentadoria quando sua concessão for anterior à Lei nº 9.528, de 1997, e restar comprovado que a autarquia federal não aplicou o disposto no art. 31, da Lei nº 8.213, de 1991, com sua atual redação. Precedentes do STJ.

Aplica-se a Lei nº11.960/09 para cômputo dos juros e correção monetária, a partir da sua entrada em vigor.

Segundo seu art. 5º, alterado foi o art. 1º-F, da Lei nº 9.494/97, que passou a vigorar com a seguinte redação:

> "Art. 1º-F. Nas condenações impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, remuneração do capital

> e compensação da mora, haverá a incidência uma única vez, até o efetivo pagamento, dos índices oficiais de remuneração básica e juros aplicados à caderneta de poupança."

Continua devido o abono anual, nos termos do artigo 40 da Lei n° 8.213/91, eis que se trata de prestação acessória ao auxílio-acidente. Arbitro os honorários advocatícios em 15% sobre os valores vencidos até a data deste acórdão, nos termos da Súmula 111, do E. Superior Tribunal de Justiça e dos precedentes já citados.

Ante o exposto, pelo meu voto, CONHEÇO DO RECURSO, mas para IMPROVÊ-LO, mantendo incólume a sentença monocrática, nos termos deste acórdão.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 09 de outubro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0054116-91.2012.8.06.0001 – APELAÇÃO CÍVEL VIRTUAL
APELANTE: CONSÓRCIO CONTERN - SBS
APELADA: GESTOR DA COORDENADORIA DE PROGRAMA ESPECIAIS DA SECRETÁRIA DE TURISMO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTO FEDERAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. RETENÇÃO PELO ESTADO DO CEARÁ. INTERESSE DA UNIÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.

1. Percebe-se que houve um equívoco por parte dos subscritores da inicial e do apelo ao apresentarem a demanda perante esta Justiça Estadual. Explica-se. É que a matéria tributária tem como regra geral o uso de competências exclusivas, inclusive para garantir o pacto federativo, evitando-se, assim, que um ente da federação decida sobre assunto que pode afetar sua capacidade financeira.
2. A exceção a esta regra ocorre quando, mesmo sendo o tributo de outro ente, a sua arrecadação é destinada ao ente da federação que faz sua retenção e desde que não exista interesse da União.
3. Verifica-se que a situação em análise não se amolda ao caso acima. A uma, porque o tributo que se está discutindo como deve ser retido é a contribuição previdenciária social, a qual tem sua arrecadação totalmente vinculada ao INSS. A duas, porque a discussão gira em torno de assunto que a União tem interesse.
4. Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação nº 0054116-91.2012.8.06.0001, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da 5ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, não conhecer do recurso em referência, devendo os autos serem encaminhados a Justiça Federal, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de apelação cível contra decisão do MM. Juiz de Direito que respondia pela 6ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE

durante o recesso forense de dezembro de 2012, a qual denegou o mandado de segurança impetrado contra o Gestor da Coordenadoria de Programa Especiais da Secretária de Turismo do Estado do Ceará. Por entender não ser o *mandamus* o meio adequado em razão da necessidade de dilação probatória com relação a *retenção dos valores a título de contribuição previdenciária patronal (INSS), exigidos em razão da execução do contrato de construção do Aeroporto do Polo Turístico de Jericoacoara*.

Irresignado, o Consórcio Contern - SBS argumenta em sua longa peça apelatória (fls. 221/256) que a decisão se deu de forma contrária aos diplomas normativos aplicáveis à espécie, pois o objetivo desta ação mandamental é reconhecer o abuso de direito exercido pela autoridade apontada como coatora, o que não demandaria dilação probatória no seu entender. Requer, ainda, a concessão da tutela antecipada recursal. Ao final, pugna pela procedência do recurso e a concessão da segurança demandada.

Sem contrarrazões, em razão do disposto no art. 296 do CPC conforme a decisão do juiz monocrático exarada à fl. 259.

4. Instado a se manifestar, a PGJ lança parecer afirmando que o feito prescinde de sua manifestação.

É o breve relatório. Em razão do presente processo não necessitar de revisão nos termos do regimento interno deste eg. Tribunal de Justiça, peço data para julgamento.

VOTO

Como é cediço, cabe ao relator, em juízo preliminar de mérito do recurso, averiguar o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade respectivos. Na lição de Ovídio A. Baptista da Silva, em seu Curso de Processo Civil:

> [...]todo provimento jurisdicional, desde o mais simples e singelo, importa invariavelmente numa dupla investigação de sua pertinência e legitimidade, o que é facilmente compreensível tendo-se em vista que a atividade jurisdicional produz uma nova relação jurídica entre os litigantes e o próprio Estado, além da relação jurídica de direito material que constitui propriamente o objeto do processo, ou a lide, que é a *res in judicio deducta* (*in* obra e autor citados, vol. 1, 6ª Edição, Ed. RT, pág. 412).

Com efeito, em relação à matéria recursal, cumpre investigar, antes que se adentre no juízo de mérito, se há conformação da via eleita às exigências impostas pelo próprio processo, bem assim, se atende aos pressupostos intrínsecos e extrínsecos, gerais e específicos do recurso interposto, verdadeiras questões de ordem pública, como o cabimento, a legitimação, o interesse recursal, a inexistência de fato impeditivo ou extintivo do direito de recorrer, a tempestividade, a regularidade formal e o preparo.

No presente caso dos autos, percebe-se que houve um equívoco por parte dos subscritores da inicial e do apelo ao apresentarem a demanda perante esta Justiça Estadual. Explica-se. É que a matéria tributária tem como regra geral o uso

de competências exclusivas, inclusive para garantir o pacto federativo, evitando-se, assim, que um ente da federação decida sobre assunto que pode afetar sua capacidade financeira.

A exceção a esta regra ocorre quando, mesmo sendo o tributo de outro ente, a sua arrecadação é destinada ao ente da federação que faz sua retenção e desde que não exista interesse da União. A propósito:

> CONFLITO DE COMPETÊNCIA. IMPOSTO DE RENDA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. "AUXÍLIO-CONDUÇÃO". RETENÇÃO NA FONTE. MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO CONTRA DELEGADO DA RECEITA FEDERAL E O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. EXCLUSÃO DA AUTORIDADE FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.
> 1. A Primeira Seção desta Corte pacificou o entendimento de que compete à Justiça Comum do Estado processar e julgar ação em que servidor público estadual pleiteia a isenção ou a não-incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte, pois compete aos Estados sua retenção, sendo os referidos entes os destinatários do tributo de acordo com o artigo 157, I, da Constituição Federal.
> 2. Excluída do processo a autoridade federal e nele remanescendo apenas um ente estadual, a competência para a causa passa a ser da Justiça do Estado, falecendo competência à Justiça Federal em virtude da ausência de interesse da União.
> 3. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no CC 47.365/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2005, DJ 05/09/2005, p. 198).

Contudo, verifica-se que a situação em análise não se amolda no caso da jurisprudência acima. A uma, porque o tributo que se está discutindo como deve ser retido é a *contribuição previdenciária social*, a qual tem sua arrecadação totalmente vinculada ao INSS. A duas, porque a discussão gira em torno de assunto que a União tem interesse, como se pode inferir por essas decisões recentes do excelso Supremo Tribunal Federal que envolvem discussões semelhantes a aqui travada (retenção de contribuição social em obra pública executada por entidade privada em nome do poder público):

> EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO DE 11% ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98. CONSTITUCIONALIDADE.
> 1. Na substituição tributária, sempre teremos duas normas: a) a norma tributária impositiva, que estabelece a relação contributiva entre o contribuinte e o fisco; b) a norma de substituição tributária, que estabelece a relação de colaboração entre outra pessoa e o fisco, atribuindo-lhe o dever de recolher o tributo em lugar do contribuinte.
> 2. A validade do regime de substituição tributária depende da atenção a certos limites no que diz respeito a cada uma dessas relações jurídicas. Não se pode admitir que a substituição tributária resulte em transgressão às normas de competência tributária e ao princípio da capacidade contributiva, ofendendo

os direitos do contribuinte, porquanto o contribuinte não é substituído no seu dever fundamental de pagar tributos. A par disso, há os limites à própria instituição do dever de colaboração que asseguram o terceiro substituto contra o arbítrio do legislador. A colaboração dele exigida deve guardar respeito aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não se lhe podendo impor deveres inviáveis, excessivamente onerosos, desnecessários ou ineficazes.
3. Não há qualquer impedimento a que o legislador se valha de presunções para viabilizar a substituição tributária, desde que não lhes atribua caráter absoluto.
4. A retenção e recolhimento de 11% sobre o valor da nota fiscal é feita por conta do montante devido, não descaracterizando a contribuição sobre a folha de salários na medida em que a antecipação é em seguida compensada pelo contribuinte com os valores por ele apurados como efetivamente devidos forte na base de cálculo real. Ademais, resta assegurada a restituição de eventuais recolhimentos feitos a maior.
5. Inexistência de extrapolação da base econômica do art. 195, I, a, da Constituição, e de violação ao princípio da capacidade contributiva e à vedação do confisco, estampados nos arts. 145, § 1º, e 150, IV, da Constituição. Prejudicados os argumentos relativos à necessidade de lei complementar, esgrimidos com base no art. 195, § 4º, com a remissão que faz ao art. 154, I, da Constituição, porquanto não se trata de nova contribuição.
6. Recurso extraordinário a que se nega provimento.
7. Aos recursos sobrestados, que aguardavam a análise da matéria por este STF, aplica-se o art. 543-B, § 3º, do CPC.
(RE 603191, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 01/08/2011, DJe-170 DIVULG 02-09-2011 PUBLIC 05-09-2011 EMENT VOL-02580-02 PP-00185).

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL: SEGURIDADE. RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU DA FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. Lei 8.212/91, art. 31, com a redação da Lei 9.711/98.
I. - Empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra: obrigação de reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida até o dia 2 do mês subseqüente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra: inocorrência de ofensa ao disposto no art. 150, § 7º, art. 150, IV, art. 195, § 4º, art. 154, I, e art. 148 da CF. II. - R.E. conhecido e improvido.
(RE 393946, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Tribunal Pleno, julgado em 03/11/2004, DJ 01-04-2005 PP-00007 EMENT VOL-02185-03 PP-00560 RDDT n. 117, 2005, p. 150-158 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 286-305 RTJ VOL-00193-02 PP-00766).

Ante o exposto, deixo de conhecer do recurso, determinando que os autos sejam encaminhados a Justiça Federal – Secção Ceará.

É como Voto.

Fortaleza, 20 de março de 2013.

PROCESSO Nº 0056635-15.2007.8.06.0001
TIPO DA AÇÃO: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS E TUTELA ANTECIPADA PARCIAL - 1ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA-CE
APELANTE: BANCO ITAÚ CARTÕES S.A.
APELADO: ELFIO ROCHA MENDES
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. FURTO DE CARTÃO DE CRÉDITO. CULPA EXCLUSIVA DE TERCEIRO. INEXISTENTE. DEFEITO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO RESTRITIVO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR POR PERDAS E DANOS. DANO MORAL. EXCESSO NO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. NÃO VISLUMBRADO. REDUÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.

1. Não há que se falar em culpa exclusiva de terceiro ou do consumidor quando da falha ou do defeito na prestação do serviço, independente da existência de culpa do prestador, visto que frustra a expectativa de segurança esperada pelo usuário. Art. 14, §1º do CDC. Responsabilidade objetiva.

2. A questão de o furto não ter sido comunicado imediatamente à administradora não exime sua responsabilidade, diante da apresentação de Boletim de Ocorrência, além do fato de ter sido aquela revel, o que acarreta a incontrovérsia das alegações do apelado, podendo utilizar-se do benefício de inversão do ônus da prova. Art. 6º, VIII do CDC.

3. Excesso na fixação do valor indenizatório não vislumbrado. Valor arbitrado em conformidade com o art. 53 da Lei 5.250/67, com o entendimento do STJ, que permite a condenação, por danos morais, em até 50 salários-mínimos se da inscrição em cadastro de restrição ao crédito indevidamente e proporcional ao infortúnio de inúmera cobranças e inscrição, por duas vezes, do apelado no SERASA.

4. Não prospera a alegação de excesso de arbitrariedade quando da fixação dos honorários advocatícios em 15%

> (quinze por cento) do valor da condenação. Aplicação em conformidade com art. 20, § 3º do CPC e com entendimento jurisprudencial e doutrinário que respeita e protege o labor do advogado contra fixação de valores indignos.
> 5. Recurso improvido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso de Apelação Cível, interposto por **BANCO ITAÚ CARTÕES S.A.**, negando-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, nos autos da Ação Declaratória de Inexistência de Débito c/c Reparação por Danos Morais e Tutela Antecipada Parcial, aviada por **ELFIO ROCHA MENDES**, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

VOTO

Inicialmente, o promovente alega culpa exclusiva de terceiro, no caso o consumidor, ora apelado, sob o argumento de que este não comunicou ao banco, imediatamente, sobre o furto do cartão e, como que duvidando das alegações do recorrido, ignorando o fato deste ter apresentado Boletim de Ocorrência referente ao furto, o responsabiliza integralmente pela cobrança indevida, visto que, se houve fraude, não merece arcar com os prejuízos consequentes.

Tal argumentação não merece prosperar, pois determina o Código de Defesa do Consumidor que o fornecedor culpado, ou não, responderá pelos danos consequentes de defeito relativo a prestação do serviço e que tal defeito poderá ser vislumbrado a partir da insegurança gerada ao consumidor quando da utilização do serviço, senão vejamos:

> **Art. 14.** O fornecedor de serviços responde, **independentemente da existência de culpa**, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.
> **§ 1° O serviço é defeituoso quando não fornece a segurança que o consumidor dele pode esperar**, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:
> I- o modo de seu fornecimento;
> II- o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;
> III- a época em que foi fornecido.

Portanto, não há de falar em ser o apelante *"tão vítima quanto o apelado"* ou mesmo em quebra do nexo causal por motivo de caso fortuito, como alega na peça

recursal, uma vez que não tendo o estabelecimento, onde ocorreram as compras, cobrado qualquer documento de identidade a fim de sanar possível fraude a responsabilidade será deste e da administradora do cartão, dado o vício do sistema.

Nesse diapasão, cabe ressaltar a hipossuficiência econômica e, principalmente, técnica do consumidor em relação ao banco, o que permite àquele o benefício da inversão do ônus da prova, previsto no art. 6º, VIII, do CDC, então, tendo o apelado demonstrado todos os fatos alegados, além de ter requerido que o banco acostasse aos autos a correspondência enviada, antes do furto, afirmando que o cartão estaria cancelado por estar com a validade expirada e diante da revelia do apelante, o que torna incontroversas todas as alegações do recorrido, posso concluir que o Banco Itaú Cartões é objetivamente responsável no caso em comento.

Sobre o assunto já decidiu este eg. Tribunal de Justiça:

> Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 4ª Câmara Cível
> Data de registro: 28/03/2011
> Ementa: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL. SAQUE COM CARTÃO MAGNÉTICO. "CLONAGEM". I**NSEGURANÇA DO SISTEMA. FALHA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ÔNUS DA PROVA INVERTIDO.** DANOS MATERIAIS. REPETIÇÃO EM DOBRO. AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ. DANOS MORAIS. INEXISTÊNCIA. MERO DISSABOR. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. SENTENÇA MANTIDA. 1. O entendimento pacífico dos nossos tribunais, inclusive do STJ, é no sentido de que as instituições financeiras devem ser responsabilizadas por falhas no sistema de segurança eletrônica, diante de fraudes relacionadas com "clonagem" de cartões de crédito; 2. Com relação à devolução em dobro da quantia paga (R$2.000,00), muito embora a inexigibilidade da dívida tenha sido reconhecida em juízo, o que autorizaria a repetição do indébito, nos termos do art. 940 do Código Civil em vigor, considerando a ausência de má-fé da instituição financeira, incabível tal sanção, impondo-se a devolução daquele valor na forma simples. 3. Em se tratando de danos morais, não evidencia circunstância capaz de agredir a honra, a imagem, a integridade psíquica ou qualquer outro direito da personalidade a que o ordenamento jurídico vigente confira proteção e que seja capaz de tornar o acontecimento superior ao mero dissabor, não se podendo falar em dano moral. 4. Recurso conhecido, porém improvido.

> Relator(a): FRANCISCO SALES NETO
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 1ª Câmara Cível
> Data de registro: 08/02/2011
> Ementa: CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. DÉBITO EM CONTA CORRENTE INDEVIDO. MOVIMENTAÇÕES BANCÁRIAS NÃO RECONHECIDAS PELO CORRENTISTA. **PRESTAÇÃO DEFEITUOSA DE SERVIÇO. INTELIGÊNCIA DO ART. 14, §1º, DO CDC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES DO STJ. DANO EVIDENCIADO. REPARAÇÃO DEVIDA.** ***QUANTUM*** **INDENIZATÓRIO**

ARBITRADO A TÍTULO DE DANOS MORAIS (R$ 7.000,00 - SETE MIL REAIS) QUE ATENDE AOS PRECEITOS DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I. Compulsando o caderno processual em vertente, dessume-se, a princípio, que a recorrida, então correntista do banco apelante, ajuizou a presente ação de indenização por danos morais e materiais sob a alegação de que, em 07 de maio de 2008, ao verificar via Internet o saldo de sua conta corrente, constatou que terceiros a haviam movimentado para transferência de recursos e pagamento de contas, fato que ter-lhe-ia causado desconforto de ordem moral e financeira. II. Irresignada com o provimento jurisdicional que julgou procedente o pleito inaugural, a instituição financeira apelante manejou o inconformismo ora em destrame, sob o argumento de que, *in casu*, inexiste ilícito civil a ser reparado, pois, no momento em que o Banco disponibiliza o cartão e a senha pessoal que impedem a ocorrência de fraude, a responsabilidade pela sua guarda e sigilo, respectivamente, é inteiramente do cliente. III. Todavia, tal assertiva não prospera, mormente porque, nos termos dos arts. 6º, inc. VIII, e 14, ambos do Código de Defesa do Consumidor, cabe à instituição financeira a prova de que não houve falha no seu sistema de segurança eletrônico, devendo, de outro modo, indenizar o cliente que teve dinheiro indevidamente sacado de sua conta corrente. IV. Isso porque, o fornecedor que oferece aparatos e comodidades para atrair consumidores, tais como cartões magnéticos, caixas rápidos e movimentações bancárias pela via eletrônica, está ciente dos riscos que decorrem de sua atividade, dentre os quais, a real possibilidade de que pessoas inescrupulosas atentem contra seus clientes. Dessarte, como *in casu* não provou o banco apelante a inexistência de defeito na prestação do serviço ou a culpa exclusiva do consumidor, deve o mesmo arcar com eventuais falhas de seu sistema operacional, mormente no que diz respeito à segurança de movimentações bancárias, por constituir sua atividade primária. V. Ademais, não há como se negar que a má prestação no serviço decerto acarreta transtornos aos seus usuários, gerando-lhes angústia, aflição, desespero, impotência, raiva, aborrecimento, dissabor, desconforto e frustração ante a surpresa de ver debitada em sua conta corrente quantias indevidas, mesmo que tal prática não tenha lhe propiciado saldo negativo ou inscrição do seu nome em órgão de restrição ao crédito, o que, entretanto, não lhe impede de sofrer o abalo moral. Portanto, a instituição apelante deverá assumir a reparação de ordem moral causada a apelada em função do acidente de fato do serviço, no valor de R$ 7.000,00 (sete mil reais), montante que se entende como razoável e proporcional à lesão e ao constrangimento sofridos pela apelada. VII. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

Quanto a denunciação de excesso no que tange ao *quantum* indenizatório fixado na decisão *a quo*, vale salientar que tal valor deve ser arbitrado sob a égide do Princípio da Proporcionalidade e da Razoabilidade e, objetivando afastar qualquer dúvida que ainda paire sobre o assunto, leciona o prof. Carlos Alberto Bittar que o ressarcimento de danos morais deve se erguer sobre dois pontos: a intensidade do dano sofrido e a peculiar situação econômica do agente e seu dolo, sobre esse último ponto ainda acrescenta que tal fixação do *quantum* deve ser criteriosa no sentido de desestimular novas investidas, exatamente como sanção ao ilícito.

Tais critérios encontram fundamento legal a partir da interpretação

extensiva do art. 53 da Lei 5.250/67:

> "No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:
> **I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido;**
> **II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;**
> III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtido pelo ofendido."

Ainda sobre o assunto, o STJ entende que o valor razoável da indenização para casos de inscrição indevida em órgãos de proteção ao crédito é de 50 salários-mínimos e nesse sentido decidiu a Quarta Turma do Tribunal, que conheceu em parte do recurso especial do Banco Bradesco S.A., e reduziu, de 200 salários para R$ 20 mil, a quantia que a instituição foi condenada a pagar.

Logo, levando-se em conta as reiteradas cobranças indevidas realizadas pelo apelante destinadas ao apelado, bem como a inclusão injusta do nome deste nos cadastros de órgão de restrição ao crédito, SERASA, por duas vezes, sendo a segunda em descumprimento a decisão judicial, causando grave desconforto ao recorrido em função de sua profissão, consultor empresarial, e por ter tido financiamento negado junto à concessionária Renault, além da condição econômica do banco, incontestavelmente superior a do apelado, considero a condenação no valor de R$ 8.000,00 (oito mil reais), para fins de reparação de danos morais, justa, uma vez que foram atendidos os requisitos supra citados e cumprido o fim sancionatório a ser atingido.

Sobre o assunto já foi decidido:

> Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 6ª Câmara Cível
> Data de registro: 28/03/2011
> Ementa: **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS -** APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA 1 - O Código Civil estabelece em seu art. 186 que "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, fica obrigado a reparar o dano". Consequentemente, só haverá reparação do dano se houver ato ilícito por parte do ofensor, ou seja, uma conduta em desacordo com a ordem jurídica que viole direito subjetivo individual, criando o dever da reparação. 2 - Uma vez configurada a inscrição indevida em cadastro restritivo de crédito, não há necessidade de comprovação da culpa do ofensor a fim de que lhe possa ser imputada responsabilidade pelos danos sofridos pelo

> lesado, bem como também não requer constatação do abalo psicológico a esse imposto, uma vez que o dano é presumível, ou seja, está *in re ipsa*. **3 - O valor da indenização referente aos danos morais suportados deve ser arbitrado com observância aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade, consideradas as circunstâncias que envolvem o caso bem como a extensão dos danos suportados, visto que seu fim não é enriquecer o ofendido, nem, tampouco, incentivar o ofensor a ignorar a vedação legal, estimulando a repetição da conduta em razão de uma indenização cujo valor seja irrisório.** 4 - Apelação parcialmente provida.

Por fim, requer o apelante seja reduzido os honorários advocatícios sucumbenciais fixados na sentença *a quo*, sob argumento de que foram delimitados sob um patamar superior ao previsto em lei.

Tal irresignação não me parece embasada em qualquer coerência, senão vejamos:

Estabelece o art. 20, § 3º do CPC:

> "A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.
> **§ 3º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez por cento (10%) e o máximo de vinte por cento (20%) sobre o valor da condenação, atendidos:**
> a) o grau de zelo do profissional;
> b) o lugar de prestação do serviço;
> c) a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço."

Ora, se a referida sentença fixou os honorários advocatícios em 15%, não deve prosperar a alegação *supra,* uma vez que, apesar de afirmar terem sido fixados o honorários em seu máximo, o contrário restou evidenciado.

O arbitramento em comento, portanto, mais uma vez, foi justo, visto que fixado em percentual intermediário, entre o mínimo e o máximo previstos em lei, o qual considerou que, apesar da ausência de instrução, em razão da revelia do apelante, houve comparecimento em audiência, foi redigido pedido de antecipação dos efeitos da tutela que, negado num primeiro momento, necessitou ser reiterado e, após deferimento liminar, houve segundo pedido de reiteração, diante do descumprimento daquela e, ainda, o acompanhamento do processo por quase 4 (quatro) anos, que agora passa ao grau de recurso.

O entendimento jurisprudencial e doutrinário é pela defesa do arbitramento, quanto aos honorários advocatícios, em um valor justo, inadmitindo quantia irrisória, que desrespeite o labor do advogado. Sobre o tema já foi decidido:

> Relator(a): FRANCISCO SALES NETO
> Comarca: Fortaleza

Órgão julgador: 1ª Câmara Cível
Data de registro: 08/02/2011
Ementa: ... HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. Recurso APELATÓRIO desprovido. I. AGRAVO RETIDO. Respeitada a ritologia insculpida no artigo 523 do Código de Processo Civil, necessário se faz, a princípio, dirimir a controvérsia instaurada pelo agravo retido manejado pela ...
Ementa: processual civil e CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES (SPC/SERASA). Recurso de agravo retido e apelação cível. AGRAVO que desafia DECISÃO INTERLOCUTÓRIA QUE RECONSIDEROU A CONDENAÇÃO DO BANCO AGRAVADO/APELANTE AO PAGAMENTO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DE ORDEM JUDICIAL, SOB O PÁLIO DE SUPOSTAEXISTÊNCIADENULIDADENACITAÇÃO.RECEBIMENTO POR FUNCIONÁRIO SEM PODER DE REPRESENTAÇÃO. TEORIA DA APARÊNCIA. VALIDADE DO REFERIDO ATO. INEXISTÊNCIA DO ALEGADO VÍCIO. PRECEDENTES DO STJ. DECISUM REFORMADO PARA CONSIDERAR COMO VÁLIDO O ATO CITATÓRIO E, CONSEQUENTEMENTE, REESTABELECER A ALUDIDA CONDENAÇÃO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. DANO MORAL. *IN RE IPSA*. *Quantum* indenizatório (r$ 6.000,00 - SEIS mil reais) ARBITRADO MODERADAMENTE. Precedentes do stj. PERCENTUAL DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS MANTIDOS. Recurso APELATÓRIO desprovido. I. AGRAVO RETIDO. Respeitada a ritologia insculpida no artigo 523 do Código de Processo Civil, necessário se faz, a princípio, dirimir a controvérsia instaurada pelo agravo retido manejado pela parte apelada, ora agravante, com o fito de reformar decisão interlocutória da douta julgadora planicial que, tornou nula a citação do banco apelante, ora agravado, por ter sido recebido por funcionária sem poderes de representação, e que, consequentemente, reconsiderou a sua condenação ao pagamento de multa pelo descumprimento de *decisu*m antecipatório da tutela, proferido *inaudita altera pars*, que impedia o mesmo de requerer a inscrição do nome da agravante/apelada em cadastro de inadimplentes. II. De uma análise acurada dos autos, verifica-se que merece acolhimento a insurgência formulada pela agravante/apelada, por não se verificar nulidade formal no ato citatório levado a efeito pela 20ª Vara Cível desta Comarca, visto que, a aplicando a teoria da aparência, os tribunais superiores admitem a citação feita na pessoa de terceiro, funcionário ou representante da empresa, conquanto não tenha poderes específicos para tanto. Precedentes do STJ. III. Dessume-se, portanto, que a magistrada primeva incorreu em error in judicando ao entender como nulo o ato citatório e, por via de consequência, reconsiderar o decisório que condenou a instituição financeira agravada/apelante ao pagamento de multa pelo descumprimento de ordem judicial que antecipou os efeitos da tutela. IV. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO, para reconhecer a validade da citação do banco agravado/apelante, bem como para restabelecer a sua condenação à multa fixada por descumprimento da decisão antecipatória da tutela, tudo segundo os termos constantes às fls. 45/46 dos autos. V.

APELAÇÃO CÍVEL. No tocante a alegação constante no recurso apelatório de que o dano moral sofrido pela apelada não foi devidamente comprovado, tem-se que esta não prospera, pois, segundo orientação da melhor doutrina e jurisprudência pátria, a comprovação do prejuízo decorrente da inscrição indevida em cadastro de inadimplentes é desnecessária, pois ocorre *in re ipsa*, ou seja, sucede da própria gravidade do fato ofensivo, de tal modo que, demonstrada a mácula ao bem jurídico, está caracterizado o dano moral. Precedentes do STJ. VI. No tocante ao *quantum* indenizatório arbitrado na instância singular, qual seja, R$ 6.000,00 (seis mil reais), roga o banco apelante pela sua minoração, por entender excessivo. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça,"em casos de inscrição indevida em órgão de proteção ao crédito, tem fixado a indenização por danos morais em valor equivalente a até cinquenta salários mínimos." (STJ; AgRg no Ag 1298388/MT; Relator(a): Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO; QUARTA TURMA; julgado em 24/08/2010; DJe 01/09/2010). Com efeito, em sendo o montante fixado pela judicante planicial inferior àquele que entende a Corte Superior de Justiça como o limite do razoável, não há de se falar na espécie ora em destrame em mácula do *decisum* primevo aos preceitos norteadores da razoabilidade e da proporcionalidade. VII. Por fim, **quanto aos honorários advocatícios, pleiteia o apelante pela redução do percentual fixado pelo Juízo primevo, de quinze por cento (15%) para cinco por cento (5%) sobre o valor da condenação, na medida em que não houve grande complexidade na causa. Todavia, a pretensão esboçada pela instituição financeira apelante não merece acolhimento, pois diverge da jurisprudência desta eg. Corte Julgadora, a qual inadmite a remuneração ao labor do advogado em quantia irrisória.** Precedentes do TJ/CE. (TJ/CE; Ap.Civ. 8318059200680600011; Relator(a): Desembargadora MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA; SEGUNDA CÂMARA CÍVEL; DJ: 14/04/2010); (TJ/CE; Ap.Civ. 7017419200580600011; Relator(a): Desembargadora VERA LÚCIA CORREIA LIMA; QUARTA CÂMARA CÍVEL; DJ: 22/10/2009). VIII. RECURSOS CONHECIDOS E APENAS PROVIDO O AGRAVO RETIDO MANEJADO PELA PARTE AGRAVANTE/APELADA, PARA REFORMAR A DECISÃO INTERLOCUTÓRIA VERGASTADA, NO SENTIDO DE CONSIDERAR VÁLIDA A CITAÇÃO DO BANCO AGRAVADO/APELANTE E, POR VIA DE CONSEQUÊNCIA, RESTABELECER A SUA CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE MULTA PELO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO JUDICIAL QUE O PROIBIA DE INSERIR O NOME DA AGRAVANTE/APELADA NO CADASTRO DE INADIMPLENTES. IX. SENTEÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS.

Frente ao exposto, conheço do recurso, mas para negar-lhe provimento, MANTENDO A SENTENÇA *A QUO*.

É como voto.

Fortaleza, 21 de junho de 2011.

APELAÇÃO CÍVEL Nº: 0006527-66.2000.8.06.0117
APELANTES: MUNICÍPIO DE MARACANAÚ E NORSA REFRIGERANTES LTDA.
APELADOS: VALDECI SILVA ALMEIDA, FRANCISCO ANDRÉ PEREIRA DOS SANTOS, JOSÉ RAFAEL GOMES DA SILVA, LÚCIA BATISTA DOS SANTOS E AMILTON GALVÃO FONSECA
ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: CIVIL E ADMINISTRATIVO. APELAÇÕES CÍVEIS. SUBSTÂNCIA DEPOSITADA NA VIA PÚBLICA QUE CAUSOU QUEIMADURAS GRAVES EM TRANSEUNTES. EMPRESA DE REFRIGERANTES. PROVA TESTEMUNHAL QUE APONTA A PROCEDÊNCIA DO MATERIAL. LAUDO QUE NÃO DESCARTA A POSSIBILIDADE DE QUE O MATERIAL SEJA PRODUZIDO PELA EMPRESA. DIATOMITA E TERRA DIATOMÁCEA. EXPRESSÕES SINÔNIMAS. NEXO CAUSAL EXISTENTE. DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS. AFASTAMENTO. DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO. ARBITRAMENTO EM VALOR EXCESSIVO. PEDIDO DE REDUÇÃO ACOLHIDO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE MEMORIAIS. NÃO OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. MUNICÍPIO. ATO OMISSIVO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PRECEDENTES STF. LIMPEZA PÚBLICA. MATÉRIA DE INTERESSE LOCAL. NEXO CAUSAL PRESENTE. INEXISTÊNCIA DE CULPA EXCLUSIVA DAS VÍTIMAS. SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. HONORÁRIOS MANTIDOS NO PERCENTUAL ARBITRADO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO DO ENTE MUNICIPAL. AFASTAMENTO ACOLHIDO. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. SENTENÇA REFORMADA.

1 - Como bem observado pelo ilustre representante do Ministério Público atuante neste segundo grau de jurisdição, as provas produzidas pela empresa apelante em seu favor demonstram apenas que os resíduos sólidos decorrentes da produção industrial da empresa não apresentam as

características encontradas na substância maléfica em questão. Ocorre, todavia, que uma empresa do porte da apelante não produz apenas resíduos decorrentes diretamente da sua atividade industrial, havendo também outros resultantes de processos relacionados indiretamente à atividade.
2 - Nos depoimentos que repousam nos autos, prestados em sede de inquérito policial instaurado para apurar as ocorrências e no curso da instrução processual, diversas testemunhas afirmam que caminhões da Coca-Cola despejavam, inclusive em via pública, um pó fino semelhante ao encontrado no local da ocorrência, e que somente a empresa demandada, que fabricava aludido refrigerante, era que despejava lixo com esse aspecto.
3 - Embora a Norsa alegue em seu apelo que não trabalha com qualquer produto idêntico ou assemelhado dos produtos químicos encontrados nas ruas do Distrito Industrial, e que a diatomita, substância constatada pelo NUTEC como presente na amostra da suposta areia que causou as queimaduras, não é utilizada como insumo de produção dentro de seu processo industrial, na relação de matérias-primas utilizadas pela referida empresa consta a Terra Diatomácea, que é sinônimo de diatomita, o que derruba sua tese de ausência de nexo de causalidade.
4 - A indenização por danos materiais deve corresponder ao prejuízo efetivamente sofrido, não havendo como ser arbitrada sem que existam parâmetros que possibilitem sua aferição. Recurso da empresa provido no ponto.
5 - A cumulabilidade dos danos moral e estético já é pacífica, havendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça editado Súmula admitindo-a (Súmula nº 387).
6 - Para adequar o valor indenizatório àquele praticado por nossos Tribunais, inclusive por esta Corte alencarina, e considerando a condição financeira dos litigantes, bem como atento ao intuito de coibir a repetição da conduta ilícita, dou parcial provimento ao recurso, para reduzir a condenação por danos morais para R$ 10.000 (dez mil reais) e por danos estéticos para R$ 15.000 (quinze mil reais).
7 - Não há que se falar em cerceamento de defesa quando da ausência de intimação para apresentação de memoriais se o juízo está convencido de que as provas constantes nos autos são suficientes para o julgamento do feito, e não adveio prejuízo para qualquer das partes.

8 - Embora haja dissenso na doutrina e no próprio seio jurisprudencial sobre o tipo de responsabilidade que deve incidir em caso de ato omissivo do Poder Público, se subjetiva ou objetiva, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição Federal, já se manifestou no sentido de que, mesmo nos casos de omissão do Poder Público, sua responsabilização se dá de forma objetiva.
9 - A limpeza das vias públicas, por tratar-se de matéria afeta ao interesse local, é de responsabilidade do ente municipal, que deveria, portanto, ter tomado providências no sentido de retirar aquele material do local em que se encontrava, exatamente pelo fato de estar em via pública, e independentemente de saber do que realmente se tratava.
10 - A alegada existência de culpa exclusiva das vítimas não merece acolhida, eis que o material que ocasionou as lesões aparentava ser areia, que é inofensiva e jamais provocaria queimaduras como a que os apelados sofreram. Refoge ao senso comum exigir das vítimas que soubessem tratar-se aquela "areia" de substância perigosa. Ademais disso, no local em que se encontrava o material não havia qualquer placa advertindo o perigo do contato com aquela substância.
11 - Com a redução do valor da condenação empreendida nessa sede recursal, os honorários a serem pagos restam condizentes com a importância e complexidade da causa, e com o tempo despendido para seu deslinde.
12 - É de ser dado provimento ao recurso do Município somente para o efeito de afastar sua condenação ao pagamento das custas processuais, eis que existe isenção legal em seu favor no art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 12.381/94.
13 - Recurso da Norsa conhecido e parcialmente provido. Recurso do Município de Maracanaú parcialmente conhecido, ao qual, na parte conhecida, dá-se parcial provimento. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das Apelações Cíveis nº 0006527-66.2000.8.06.0117, em que figuram as partes acima referidas, ACORDAM os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer de ambos os recursos e dar-lhes parcial 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 da 1ª Vara da Comarca de Maracanaú, em ação proposta por VALDECI SILVA ALMEIDA, FRANCISCO ANDRÉ PEREIRA DOS SANTOS, JOSÉ RAFAEL GOMES DA SILVA, LÚCIA BATISTA DOS SANTOS E AMILTON GALVÃO FONSECA em face do MUNICÍPIO DE MARACANAÚ e NORSA – REFRIGERANTES LTDA , nos autos do processo número 0006527-66.2000.8.06.0117.

Adoto em parte o relatório da decisão recorrida de fls. 808-909:

> "Cuidam estes autos de processos nº 2000.0155.9744-0 e 2000.0155.4800-8, - ações de indenização - promovidas por VALDECI SILVA ALMEIDA, FRANCISO ANDRÉ PEREIRA DOS SANTOS, JOSÉ RAFAEL GOMES DA SILVA, LÚCIA BATISTA DOS SANTOS e AMILTON GALVÃO FONSECA contra o MUNICÍPIO DE MARACANAÚ e REFRESCOS CEARENSES S/A, pelos fatos e fundamentos narrados na inicial.
> Alegam os autores que no dia 21 de setembro de 1997, passeavam nas imediações da fábrica de refrigerantes COCA-COLA e sofreram graves lesões provocadas por substância química que se encontrava exposta na via pública em grandes montes aparentando areia.
> Os promovidos foram citados às fls. 136 e 231, dos autos em epígrafe.
> A Norsa Refrigerantes Ltda., sucessora de Refrescos Cearenses S.A., afirmou preliminarmente em sua contestação de fls. 235 e s.s que não era parte legítima para figurar no pólo passivo, por considerar que não há provas de sua participação, por ação ou omissão, nos eventos narrados na exordial e, no mérito alegou não concorrerem os pressupostos para se ter configurado a responsabilidade civil. Tal raciocínio foi seguido pelo Município de Maracanaú, o qual também alegou sua ilegitimidade passiva e que não há o liame causal entre a decorrência do dano e a atividade ou omissão do Município de Maracanaú (fls. 220 e s.s.).
> Em audiência preliminar às fls. 349, não houve conciliação, ficando fixado como pontos controvertidos: nexo de causalidade entre a atividade da promovida Norsa Refrigerantes S/A e o fato danoso, bem como a responsabilidade objetiva do Município de Maracanaú com relação ao meio ambiente, se houve omissão no serviço administrativo e se o fato ocorreu por culpa das vítimas.
> Em audiência de instrução e julgamento às fls. 402, as partes concordaram em ouvir apenas um dos autores em depoimento pessoal, qual seja: FRANCISCO ANDRÉ ´PEREIRA DOS SANTOS, o qual disse:
> Que o depoente, o Valdeci e o José Rafael tinham talvez a mesma idade de dezesseis anos na época do fato, quando os três viram próximo a fábrica da Coca-cola, numa esquina um monte de areia para onde foram os três autores... pular capoeira e quando os três subiram no monte de areia afundaram e imediatamente passaram a sentir dores nos pés e de logo surgiram bolhas... que o monte de areia estava a lado da fábrica da coca-cola, numa esquina... ao lado da fábrica;
> Afirmou ainda que:

> O depoente teve queimaduras nos dois pés e nas canelas; que todos ficaram fazendo tratamento médico, o qual perdurou por volta de cinco meses. O depoente assim como os outros autores, estudava e perderam o ano letivo por conta desse acidente;
> É o relatório."

Sobreveio a parte dispositiva da sentença, às fls. 808-909, onde o MM. Juiz, no referido *decisum,* assim manifestou-se:

> "Assim, por todo o exposto, julgo, por sentença, procedente os pedidos formulados na inicial, para condenar solidariamente o Município de Maracanaú e a empresa REFRESCOS CEARENSES S/A, a indenizar os promoventes, VALDECI SILVA ALMEIDA, FRANCISCO ANDRÉ PEREIRA DOS SANTOS, JOSÉ RAFAEL GOMES DA SILVA, LÚCIA BATISTA DOS SANTOS e AMILTON GALVÃO FONSECA, em danos materiais, morais e estéticos, sendo certo que o "...termo inicial dos juros, e a correção monetária tratando-se de indenização por danos morais e estéticos é a data da prolação da decisão que fixou o seu valor..." e a dos danos materiais é a data do evento danoso, na seguinte forma:
> a) em danos materiais – pensão mensal e vitalícia na cifra de 01 (um) salário mínimo, para cada um dos Promoventes, devendo o ônus ser suportado igual e solidariamente entre os promovidos;
> b) em danos morais – na cifra de 70.000,00 (setenta mil reais), para cada um dos promoventes, devendo ditos valores serem igual e solidariamente suportados pelos Promovidos; em danos estéticos – na cifra de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para cada um dos promoventes, devendo ditos valores serem igual e solidariamente suportados pelos Promovidos.
> Condeno ainda as partes promovidas ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, arbitrando estes em 10% sobre o valor da indenização.
> P.R.I"

NORSA REFRIGERANTES LTDA., interpôs Embargos de Declaração, à fl 935. Os embargos foram conhecidos, às fls. 970-971, e parcialmente providos, fixando a verba honorária no patamar de 10% do valor da condenação, a ser paga pelos promovidos solidariamente.

MUNICÍPIO DE MARACANAÚ interpôs recurso de apelação fls. 1024-1039, no qual elenca os seguintes pleitos revisionais: **a)** Os pedidos de condenação por danos morais, estéticos e materiais devem ser julgados improcedentes por ausência de comprovação da responsabilidade subjetiva do poder público municipal ; **b)** A redução da indenização por danos morais e materiais; **c)** a exclusão da condenação por danos estéticos por já ter condenação em danos materiais; **d)** A exclusão das custas processuais da condenação em face do Município e a redução dos honorários advocatícios, nos termos do art. 20, § 4º do CPC.

NORSA REFRIGERANTES LTDA. interpôs recurso de apelação fls. 1043-1068 , no qual elenca os seguintes pleitos revisionais: **a)** Os pedidos devem ser julgados improcedentes pois não há nexo de causalidade entre o evento danoso e qualquer ato omissivo ou comissivo da recorrente, invertendo o ônus sucumbencial; **b)** seja excluída da condenação a fixação de pensão vitalícia, ou a redução da mesma para 2/3 do salário mínimo até a maioridade dos recorridos, e 1/3 do salário mínimo para depois, limitando a sua percepção, em qualquer caso, até que os recorridos completem ou tenham completado 25 anos; **c)** seja reduzida a soma dos valores das condenações em dano moral e dano estético a não mais do que o equivalente a 10 salários mínimos, para cada um dos recorridos; **d)** em qualquer dos casos, a imposição de verba honorária nos moldes estabelecidos para quando é sucumbente a Fazenda Pública; **e)** Na hipótese de desconstituição total da decisão vergastada é peticionada inversão da condenação no ônus da sucumbência; na hipótese de modificação dos valores, requer-se que seja determinada a compensação das verbas honorárias.

VALDECI SILVA ALMEIDA e OUTROS apresentaram contrarrazões às fls. 1079-192, no qual argumentam que o recurso de apelação tem caráter meramente protelatório e a sentença deve ser mantida *in totum*.

O Ministério Público apresenta parecer no qual opina pelo conhecimento dos recursos de apelação e pelo improvimento de ambos.

Após o narrado, vieram-me conclusos os autos.

É o que importa relatar**.**

À douta revisão.

VOTO

Trata-se de duas apelações interpostas respectivamente pela Norsa Refrigerantes Ltda. e pelo Município de Maracanaú, em face de sentença prolatada nos autos de Ação de Indenização por Danos Materiais, Morais e à Estéticos.

Na inicial, os autores narraram que em setembro de 1997, quando passavam pela Avenida Parque Oeste, no Distrito Industrial de Maracanaú, próximo à White Martins, sofreram queimaduras graves na região dos pés e pernas, após entrarem em contato com um monte que parecia ser areia de praia, e que estava depositado na via pública.

A sentença condenou a Norsa e o Município de Maracanaú solidariamente ao pagamento, a cada um dos promoventes, de pensão vitalícia no valor de um salário mínimo, a título de danos materiais. Por seu turno, os danos morais foram arbitrados em R$ 70.000 e os estéticos em R$ 30.000. Ambas as partes promovidas recorreram. Conheço de seus apelos, haja vista que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade, e passo a apreciá-los separadamente.

APELAÇÃO DA NORSA REFRIGERANTES LTDA.

Primeiramente cumpre esclarecer que o *decisum* de primeiro grau de fato se equivocou ao afirmar que a instrução revelou que a empresa REFRESCOS CEARENSES S/A, depositava o lixo, inclusive químico, no referido aterro sanitário. Isso porque o que a instrução revelou foi o quanto narrado na peça vestibular: que o monte de areia que ocasionou lesões nos promoventes se encontrava na via pública, nas proximidades da indústria demandada e da White Martins.

Trata-se, todavia, de erro meramente material, e que não enseja qualquer vício que possa macular o decreto sentencial. Não prospera, pois, a irresignação nesse ponto.

No que tange ao Parecer Técnico produzido pela empresa (fls. 467/477) sobre a natureza química dos resíduos por ela produzidos, o magistrado de piso desconsiderou-o por ter sido produzido unilateralmente. Contudo, nada obstava que referido laudo fosse levado em consideração, até porque, se dúvidas pairassem sobre o teor de suas constatações, os autores poderiam ter requerido ou o juiz ter determinado de ofício a inspeção por perito designado judicialmente.

Sucede que, como bem observado pelo ilustre representante do Ministério Público atuante neste segundo grau de jurisdição, as provas produzidas pela empresa apelante em seu favor demonstram apenas que os resíduos sólidos decorrentes da produção industrial da empresa não apresentam as características encontradas na substância maléfica em questão. Ocorre, todavia, que uma empresa do porte da apelante não produz apenas resíduos decorrentes diretamente da sua atividade industrial, havendo também outros resultantes de processos relacionados indiretamente à atividade."

Ademais disso, nos depoimentos que repousam nos autos, prestados em sede de inquérito policial instaurado para apurar as ocorrências e no curso da instrução processual, diversas testemunhas afirmam que caminhões da Coca-Cola despejavam, inclusive em via pública, um pó fino semelhante ao encontrado no local da ocorrência, e que somente a empresa demandada, que fabricava aludido refrigerante, era que despejava lixo com esse aspecto. Senão vejamos trechos de alguns desses depoimentos:

> (...) que apesar de não ter nada indicativo de que aquele lixo fosse da Coca-Cola, o depoente, reconheceu o produto, por ser utilizado na referida empresa, sabendo dizer tal afirmação porque o depoente lá trabalhou; ( ) que o depoente não sabia aonde o lixo da Coca-Cola eram deixados, contudo confirma o seu depoimento prestado na delegacia quando disse que desde setembro o lixo era colocado aonde as crianças foram queimadas; que o depoente mora nas proximidades desde mil novecentos e oitenta e três e sempre passa pelo local, e afirma que apesar de já ter saído na época do fato há mais de seis anos da Coca-Cola, que o lixo é o subproduto que era utilizado na Coca-Cola; ( ) que o depoente trabalhou na Coca-Cola vendo tal produto do ano de oitenta e seis a noventa e um. (Janes Oliveira de Sousa, fls. 780)

> (...) assegura ter visto várias vezes inclusive acompanhar caminhões da COCA-COLA despechar (sic) na rampa de Maracanaú-Ce., lixos, inclusive um produto tipo areia de cor similar a bege e altíssimo calor. ( ) Que, assegura o depoente ser o mesmo produto que diversas vezes viu a Empresa Refrescos Cearense jogar na rampa, e que seria o causador das queimaduras, não tem dúvidas; Que afirma o depoente que somente aqui em Maracanaú-Ce, a COCA-COLA faz uso do referido material (...) (Manoel Ferreira de Mesquita, fls. 394)
>
> Que, afirma o depoente que várias vezes acompanhou caminhões vindo da COCA-COLA conduzindo lixo da Empresa; Que, afirma o depoente que entre os lixos estavam restos de produtos de cores variadas entre lea, digo, entre elas de côr preta, amarela, um tipo de areia e garrafas plásticas e outros; ( ) afirma ter tomado conhecimento dos fatos que ocorreram nas proximidades da fábrica COCA-COLA, relacionado a produto químico que provocou diversas queimaduras em crianças; Que, assegura o depoente que é o mesmo produto que era jogado na rampa ( ), assegura ser a COCA-COLA a única que faz uso de tais produtos e não existe outra. (Depoimento de José Araújo da Silva, fls. 396)
>
> QUE, por várias vezes presenciou quando os restos daqueles produtos eram colocados em caminhões e despejados nas imediações daquela indústria, ou seja, em via pública; QUE, é de seu conhecimento também que várias pessoas sofreram lesões causadas por contato com produto supostamente químico, jogado nas mesmas imediações onde a Coca-Cola, através de seus superiores, jogava seus dejetos. (Manoel Coelho dos Santos Filho, fls. 150)

Embora a Norsa alegue em seu apelo que não trabalha com qualquer produto idêntico ou assemelhado dos produtos químicos encontrados nas ruas do Distrito Industrial, e que a diatomita, substância constatada pelo NUTEC como presente na amostra da suposta areia que causou as queimaduras, não é utilizada como insumo de produção dentro de seu processo industrial, não é bem isso que se verifica.

Na relação de matérias-primas utilizadas pela Norsa, juntada aos autos pela própria empresa (fls. 1376/1378), consta a Terra Diatomácea, que, segundo a Sra. Fátima Evaneide B. de Almeida - química industrial que trabalhou por vinte e dois anos na empresa demandada e que foi arrolada como testemunha desta (fls. 1.435) -, é um material filtrante utilizado na xaroparia. Ainda segundo referida Senhora a coca cola não utiliza o produto químico diatomita que é utilizado como refratário de fornos.

Pois bem, acontece que diatomita e terra diatomácea são sinônimos, conforme consulta empreendida no portal da ANVISA (http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/169ce4804745977ca058f43fbc4c6735/Microsoft+Word+-+T43++Terra+diatom%C3%A1cea.pdf?MOD=AJPERES). Aí consta o seguinte:

> "T43 - Terra diatomácea
>
> a) Ingrediente ativo ou nome comum: TERRA DIATOMÁCEA (*diatomaceous earth*)
>
> b) Sinonímia: Diatomita; Diatomita calcinada; Diatomita fluxo calcinada; Sílica diatomácea; Sílica amorfa."

Não procede, portanto, a alegada ausência de qualquer relação entre as substâncias utilizadas pela Norsa e as encontradas na análise química da "areia" que ocasionou as queimaduras nos autores-recorridos, o que derruba a tese da empresa de ausência de nexo de causalidade.

No que tange ao pedido de afastamento da condenação ao pagamento de indenização por danos materiais, arbitrados pelo Juízo singular na forma de pensão mensal vitalícia, é de ser dado provimento ao recurso.

A uma porque somente se haveria de falar na concessão de pensão se as lesões que os autores sofreram lhes houvesse acarretado incapacidade, o que não ocorreu na hipótese dos autos. Inexistindo incapacidade, a concessão da pensão acarretaria enriquecimento ilícito dos promoventes, o que é terminantemente vedado por nosso ordenamento.

A duas porque a condenação em danos materiais exige prova, ainda que mínima, do prejuízo sofrido, como por exemplo, recibos de despesa com remédio, transporte, profissionais de saúde, material de higiene específico para o tratamento etc, o que não ocorreu. Ora, se a indenização por danos materiais deve corresponder ao prejuízo efetivamente sofrido, não há como ser arbitrada sem que existam parâmetros que possibilitem sua aferição. A esse respeito, confira-se o entendimento jurisprudencial sobre a matéria:

> "APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO INDENIZATÓRIA – **DANOS MATERIAIS NÃO COMPROVADOS** – INDENIZAÇÃO INDEVIDA – PROVIDA A APELAÇÃO E IMPROVIDO O RECURSO ADESIVO
> (...)
> 2 - O dever reparatório se fundamenta na efetiva ocorrência do dano, decorrente de conduta comissiva ou omissiva do agente e observado o nexo causal entre a referida conduta e o evento danoso.
> 3 - **Incumbe ao autor o ônus da prova quanto aos fatos constitutivos de seu direito, nos termos do artigo 333, inciso I, do Código de Processo Civil, sendo inviável impor a reparação de danos materiais com base em suposições e possibilidades, haja vista que o seu intuito é reparar o prejuízo imposto ao ofendido, nas exatas proporções do dano experimentado**.
> 4 - Provida a primeira Apelação e improvido o Recurso Adesivo." (TJ/CE, AC nº 15248-28.2004.8.06.0000, 6ª Câmara Cível, Relª. Desª. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de Registro: 03.11.2011)"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) E INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). ASSENTAMENTO DE COLONOS EM ÁREA DE FLORESTA NACIONAL. DESMATAMENTO E QUEIMADA. NEGATIVA DE AUTORIZAÇÃO. INVIABILIZAÇÃO DO PROJETO DE PLANTIO DO DEMANDANTE. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. CABIMENTO. **DANOS**

> **MATERIAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO**. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. COMPENSAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA. PRECEDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO.
> 1. **A condenação ao pagamento de indenização por alegados danos materiais e lucros cessantes depende de comprovação, ônus do qual não se desincumbiu o autor, visto que deixou de carrear aos autos documentos apontando o montante dos prejuízos suportados, não servindo, para tanto, pedido genérico de ressarcimento relativo a danos que sequer foram demonstrados**.
> (...)
> 5. Em razão da sucumbência recíproca verificada, cada parte arcará com os honorários advocatícios de seus patronos.
> 6. Apelações do autor, do Incra e do Ibama parcialmente providas. (TRF1, AC nº 401420, 6ª Turma, Rel. Desembargador Federal Daniel Paes Ribeiro, j. 28.03.2011)
>
> "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OCORRÊNCIA DE OMISSÃO. DANO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. EMBARGOS ACOLHIDOS.
> 1. São cabíveis embargos de declaração quando houver na decisão omissão, contradição ou obscuridade, bem como para sanar possível erro material existente na decisão.
> 2. *In casu*, demonstrou a embargante a existência de omissão no acórdão, de forma que há como prosperar seu inconformismo.
> 3. **Sem adequada comprovação, é improcedente o pedido de indenização por danos materiais**.
> 4. Embargos de declaração acolhidos. (TJ/CE, ED nº 9048200580601122, 6ª Câmara Cível, Rel. Des. Jucid Peixoto do Amaral, j. 05.10.2011)
>
> "DANO MATERIAL. ENERGIA ELÉTRICA. PREJUÍZOS DECORRENTES DE FALTA DE LUZ. TEMPORAL QUE DEVASTOU A CIDADE. **AUTORA NÃO SE DESINCUMBIDO DE COMPROVAR O DANO MATERIAL SOFRIDO. AUSENTE A OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR**. RECURSO PROVIDO. (TJ/RS, Recurso Cível nº 71003613650, 3ª Turma Recursal Cível, Rel. Des. Eduardo Kraemer, j. 17.05.2012)

Nesse diapasão, dou provimento ao recurso nesse ponto, para afastar a condenação ao pagamento de indenização por danos materiais.

Quanto aos danos moral e estético, sua cumulabilidade já é pacífica, havendo inclusive o Superior Tribunal de Justiça editado Súmula admitindo-a. Eis o seu teor:

> Súmula nº 387, STJ: **É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral**."

Sobre a ocorrência de tais espécies de danos não pairam dúvidas, a despeito

do que insinua a empresa apelante, pois não é preciso maior esforço intelectivo para perceber o abalo psicológico sofrido pelos autores, em sua quase totalidade crianças à época do ocorrido, tendo que, após doloroso tratamento a que precisaram se submeter por conta das graves queimaduras que sofreram, carregar consigo pelo resto de suas vidas as marcas indeléveis das cicatrizes que daí decorreram.

Não obstante, assiste razão à recorrente quando alega o valor excessivo da condenação imposta, que foi de R$ 70.000 para os danos morais e R$ 30.000 para os danos estéticos, a serem pagos a cada um dos autores, cifras estas superiores até mesmo àquelas aplicadas em casos de perda de membros, incapacitação ou morte.

Desse modo, para adequar o valor indenizatório àquele praticado por nossos Tribunais, inclusive por esta Corte alencarina, e considerando a condição financeira dos litigantes, bem como atento ao intuito de coibir a repetição da conduta ilícita, dou parcial provimento ao recurso no ponto, para reduzir a condenação por danos morais para R$ 10.000 (dez mil reais) e por danos estéticos para R$ 15.000 (quinze mil reais).

A despeito dos reparos efetuados nessa sede, os encargos sucumbenciais devem permanecer sobre os promovidos-recorrentes, uma vez que, consoante o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração da demanda deve arcar com os ônus daí decorrentes. Ressalvo contudo que as custas processuais ficarão a cargo somente da Norsa, tendo em vista a existência de isenção de seu pagamento em favor do ente público.

APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE MARACANAÚ

De pronto, rejeito a preliminar suscitada pelo ente público, que alegou a existência de cerceamento de defesa, por não ter sido intimado para apresentar memoriais. Ora, o processo já se encontrava suficientemente instruído, e nenhum prejuízo adveio para qualquer das partes em razão da falta dessa intimação, sequer tendo havido alegação nesse sentido. Nesse sentido, confiram-se os precedentes que seguem:

> "PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. ALEGATIVA DE CERCEAMENTO DE DEFESA POR AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DOS MEMORIAIS. INOCORRÊNCIA. ARREMATAÇÃO INCIDENTE SOBRE BEM DE TERCEIRO. COMPROVADA A POSSE. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA BOA FÉ. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.
> 1. **Não há que se falar em cerceamento de defesa quando da ausência de intimação para apresentação de memoriais se o juízo convencido está de que as provas constantes nos autos são suficientes para o julgamento do feito, não acarretando prejuízo ao interessado a falta de memoriais**.
> 2. Assiste razão aos apelados sobre a posse do imóvel, uma vez que está caracterizada a boa-fé dos adquirentes combinado com o episódio de a arrematação somente ter ocorrido posteriormente. Junte-se a isso o fato de

> ser o imóvel o local de residência dos apelados, onde também exercem atividade de subsistência.
> 3. O apelante não demonstrou prova da má-fé dos apelados, cabendo o encargo a quem alega.
> 4. Recurso conhecido e improvido." (TJ/CE, AC nº 737460200280600000, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Clécio Aguiar de Magalhães, Data de Registro: 16.09.2011)

> "Fraude à execução. Embargos de terceiro. **Falta de intimação para apresentação de memoriais que não acarretou prejuízo às partes**. **Cerceamento de defesa inocorrente**. Alienante que não ficou insolvente após a venda do imóvel objeto da presente ação, pois ainda era proprietário de dois outros imóveis, embora estivessem gravados com cédula rural hipotecária. É relativa a impenhorabilidade estatuída pelo Decreto-lei nº 167/67. Execução movida em comarca diversa da situação do imóvel e domicílio do alienante. Mesmo que o adquirente tivesse procedido com a cautela ordinariamente adotada nesse tipo de negócio, pedindo as certidões do distribuidor da comarca de domicílio do vendedor e da situação do imóvel, não saberia da execução que tramitava em outra comarca. Imóvel alienado antes da penhora. Fraude à execução não reconhecida. Ação procedente. Recurso provido." (TJ/SP, AC nº 0007515-89.2008.8.26.0072, 36ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Pedro Baccarat, j. 12.07.2012)

No mérito, especificamente no que diz respeito à possibilidade de responsabilização ou não do Município recorrente, entendo que não deve prosperar a irresignação.

Com efeito, embora haja dissenso na doutrina e no próprio seio jurisprudencial sobre o tipo de responsabilidade que deve incidir em caso de ato omissivo do Poder Público, se subjetiva ou objetiva, o Supremo Tribunal Federal, guardião maior da Constituição Federal, já se manifestou no sentido de que, mesmo nos casos de omissão do Poder Público, sua responsabilização se dá de forma objetiva. Senão vejamos:

> **"RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIS - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOUTRINA - JURISPRUDÊNCIA -**

> **RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.**
> **- 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 específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes.**
> **- A jurisprudência dos Tribunais em geral tem reconhecido a responsabilidade civil objetiva do Poder Público nas hipóteses em que o *"eventus damni"* ocorra em hospitais públicos (ou mantidos pelo Estado), ou derive de tratamento médico inadequado, ministrado por funcionário público, ou, então, resulte de conduta positiva (ação) ou negativa (omissão) imputável a servidor público com atuação na área médica.**
> (...). (STF, RE 495740 AgR/DF, 2ª Turma, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 15.04.2008)

A responsabilidade, portanto, é objetiva, todavia é preciso que ocorra um ato omissivo e um dano, bem como deve existir nexo de causalidade entre um e outro. A omissão, contudo, só se pode dizer existente se o ente estatal era obrigado por lei a agir, e não o fez.

In casu, o material que ocasionou queimaduras nos apelados encontrava-se em plena via pública (e não dentro das dependências da empresa co-demandada ou de qualquer outra empresa, como repetidamente insinuou o Município), sob a forma de montes que aparentavam ser areia. Pois bem, a limpeza das vias públicas, por tratar-se de matéria afeta ao interesse local, é de responsabilidade do ente municipal, que deveria, portanto, ter tomado providências no sentido de retirar aquele material do local em que se encontrava, exatamente pelo fato de estar em via pública, e independentemente de saber do que realmente se tratava.

Em sendo assim, diversamente do que sustenta a municipalidade, a retirada daquele material era sim de sua responsabilidade, de modo que houve ato omissivo de sua parte. Se não houvesse os lamentáveis acidentes não teriam ocorrido. O nexo causal, por sua vez, é evidente, haja vista que se o serviço público de limpeza urbana tivesse funcionado a contento, tantos incidentes trágicos teriam sido evitados. Também não se questiona a existência do dano, pois todos os autores, ora recorridos, sofreram graves queimaduras na região dos pés e/ou pernas.

A alegada existência de culpa exclusiva das vítimas não merece acolhida,

eis que o material que ocasionou as lesões aparentava ser areia, que é inofensiva e jamais provocaria queimaduras como a que os apelados sofreram. Refoge ao senso comum exigir das vítimas que soubessem tratar-se aquela "areia" de substância perigosa. Ademais disso, no local em que se encontrava o material não havia qualquer placa advertindo o perigo do contato com aquela substância.

No que concerne ao excesso da condenação por danos materiais, morais e estéticos, deixo de conhecer, pois restou prejudicada, já que foi previamente analisada e devidamente decidida no recurso da Norsa.

Quanto ao pedido de minoração dos honorários advocatícios, fixados em 10% do valor da condenação, entendo que é de ser desprovido, pois, com a redução do valor da condenação aqui empreendida, os honorários a serem pagos restam condizentes com a importância e complexidade da causa, e com o tempo despendido para seu deslinde.

Por derradeiro, é de ser dado provimento ao recurso do Município somente para o efeito de afastar sua condenação ao pagamento das custas processuais, eis que existe isenção legal em seu favor no art. 10, inciso I, da Lei Estadual nº 12.381/94.

Ante o exposto, conheço do apelo da Norsa e lhe dou parcial provimento, para (a) afastar a condenação por danos materiais; (b) reduzir a condenação por danos morais a ser paga a cada um dos autores para R$ 10.000 (dez mil reais) e (c) reduzir a condenação por danos estéticos a ser paga a cada um dos promoventes para R$ 15.000 (quinze mil reais). Mantenho a condenação solidária das partes demandadas ao pagamento do valor aqui arbitrado. Quanto à apelação do Município de Maracanaú, dela conheço parcialmente, e, na parte conhecida, dou parcial provimento, somente para o fim de afastar sua condenação ao pagamento das custas processuais.

Como já adiantei mais acima, a despeito dos reparos efetuados nessa sede, os encargos sucumbenciais devem permanecer sobre os promovidos-recorrentes, uma vez que, consoante o princípio da causalidade, aquele que deu causa à instauração da demanda deve arcar com os ônus daí decorrentes. Observe-se, entretanto, que as custas processuais ficarão a cargo somente da Norsa, tendo em vista a existência de isenção de seu pagamento em favor do ente público, reconhecida nesta instância.

É como voto.

Fortaleza, 7 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº 666647-83.2000.8.06.0001/1
REEXAME NECESSÁRIO/APELAÇÃO CÍVEL
REMETENTE: JUÍZO DA 2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADA: MARIA JOSÉ PEREIRA CABOCLO
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSO CIVIL. AÇÃO ORDINARIA DE COBRANÇA. PENSÃO POR MORTE. PRELIMINAR. JULGAMENTO *EXTRA PETITA* NÃO CONFIGURADO. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 85 DO STJ. RECURSO APELATÓRIO E REMESSA CONHECIDOS E IMPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. PRECEDENTES.

1 – O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo juízo *ad quem*, tanto que a sentença somente transita em julgado após a manifestação do tribunal. É, portanto, verdadeira condição de eficácia da sentença. No vertente caso, é aplicável o disposto no art. 475, I, do Código de Processo Civil, que autoriza o reexame nas causas em que haja a condenação do Estado e suas respectivas autarquias e fundações de direito público.

2 – Rejeito a preliminar de julgamento *extra petita*, por não haver o Juízo *a quo* solucionado causa diversa da que fora proposta no pleito inicial.

3 – A prescrição, nos moldes da Súmula nº 85, do Superior Tribunal de Justiça, não alcança o direito de fundo, tão somente as prestações anteriores aos cinco anos do ajuizamento da Ação Mandamental que deu origem ao título executivo objeto desta Ação de Cobrança, por se tratar de obrigação de trato sucessivo.

4 – Apelação e remessa oficial conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA

DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso apelatório e da remessa oficial para negar-lhes provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de remessa e recurso de Apelação (fls. 66/77) interposto pelo ESTADO DO CEARÁ, em face de decisão (fls. 48/53) exarada na presente Ação de Ordinária de Cobrança proposta por MARIA JOSÉ PEREIRA CABOCLO, modificada, às fls. 62/63, em razão do acolhimento dos Embargos de Declaração opostos pelo apelante (fls. 58/60), a qual julgou procedente o pleito autoral, condenando o promovido/apelante ao pagamento das diferenças de proventos que faz jus a autora/apelada, calculando-os retroativamente aos cinco anos anteriores a propositura da ação mandamental, que se deu em 27 de maio de 1999, corrigido e acrescido dos juros legais e atualização monetária contados a partir da citação até a data do seu efetivo adimplemento, a ser apurado em fase de execução de sentença.

Condenou, ainda, o Estado do Ceará ao pagamento das custas processuais e demais emolumentos a que deu causa e na verba honorária do advogado do autor, arbitrados em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação.

A pretensão autoral resume-se à cobrança de diferença de valores, relativos à pensão por morte de PEDRO CABOCLO, sendo pensionista seu cônjuge supérstite, MARIA JOSÉ PEREIRA CABOCLO. A autora/apelada requer o pagamento das diferenças atrasadas retroativamente aos últimos cinco anos, a contar da data da concessão definitiva do reajuste do benefício.

Após a prolação da sentença, o Estado do Ceará, interpôs o presente recurso, alegando ser a sentença vergastada *extra petita,* sendo nula, vez que condenou o Estado a uma prestação diversa daquela postulada pela autora; alega, ainda, que estariam prescritas as parcelas anteriores aos 5 (cinco) anos da data de ajuizamento desta ação ordinária.

Contrarrazões apresentadas pela apelada ás fls. 99/104.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 115/120, opinando pelo improvimento do presente recurso, confirmando-se a decisão de 1º grau.

É o que importa relatar.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

O reexame necessário condiciona a eficácia da sentença à sua reapreciação pelo juízo *ad quem*, tanto que a sentença somente transita em julgado após a manifestação do tribunal. *In casu*, é aplicável o disposto no art. 475, I, do Código de Processo Civil, que

autoriza o reexame nas causas em que haja a condenação do Estado e suas respectivas autarquias e fundações de direito público, admissível, pois, na espécie.

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

PRELIMINAR

Preliminarmente, sustenta o apelante que a sentença está eivada de nulidade, vez que condenou o Estado do Ceará à prestação diversa do pedido autoral.

A definição de julgamento *extra petita* emerge do artigo 460 do Código de Ritos, *in verbis:*

> **Art. 460 -** É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.
> **Parágrafo único -** A sentença deve ser certa, ainda quando decida relação jurídica condicional. *(Grifamos)*

Verifica-se decisão *extra petita* quando o julgador, concede ao autor coisa diversa da que fora requerida em sua peça vestibular, incide, então, em nulidade, porque soluciona algo diverso daquilo que fora pedido.

Na situação posta, todavia, a decisão ao determinar o pagamento das diferenças de pensão, a que faz jus a requerente, calculada, retroativamente, aos 5 (cinco) anos anteriores a propositura da ação mandamental, não configura julgamento *extra petita,* pelas razões delineadas adiante.

A autora requer, na presente ação de cobrança, que sejam concedidas as diferenças atrasadas retroativamente aos últimos cinco anos, a contar da data da concessão do reajuste do benefício, conforme se infere da leitura do seguinte trecho da peça vestibular:

> "II – Julgar procedente a Ação, condenando o Estado do Ceará ao pagamento das diferenças atrasadas a que a promovente faz jus, retroativa aos últimos cinco anos, a contar da data da concessão definitiva do reajuste do benefício;" *(Grifamos)*

Ora, o pedido autoral faz menção expressa à concessão definitiva do reajuste do benefício, como sendo o marco inicial do seu pleito, reconhecido através do trânsito em julgado da decisão da Ação Mandamental, impetrada pela autora/apelada em 27/05/1999, data esta que pode ser facilmente constatada através de consulta processual no portal de serviços do e-saj, sistema de informática do Tribunal de Justiça do Ceará.

> Nesse contexto, a decisão recorrida (fls. 62/63), modificada, em sede de Embargos de Declaração, declar"A condenação do promovido refere-se ao pagamento das diferenças de pensão que faz jus a requerente calculados, retroativamente, aos últimos anos, contando-se retroativamente 5 anos anteriores a propositura da ação mandamental que se deu em 27 de maio de 1999."

Demonstra-se, pois, que a decisão vergastada está de acordo com o que fora concedido na Ação de Mandado de Segurança, cuja decisão transitou em julgado em 25/03/2002 (fls. 19), a qual determinou o pagamento da pensão por morte a que faz jus a autora/apelada, a partir do ajuizamento daquele *mandamus*.

A presente Ação de Cobrança pugna o pagamento da diferença das prestações atrasadas, que fora concedido na Ação Mandamental. Assim, o direito aqui perquirido está consagrado em sentença transitada em julgado, na data de 25/03/2002, não assistindo razão ao apelante em alegar que a promovente não pleiteou o que fora deferido pelo juiz *a quo*.

Rejeito a preliminar, portanto.

MÉRITO

Sustenta o apelante que o direito pleiteado pela autora foi parcialmente atingido pela prescrição quinquenal, alegando que estariam prescritas todas as parcelas anteriores aos 5 (cinco) anos antes do ajuizamento desta ação de cobrança, ajuizada em 24 de abril de 2003.

No caso, não há falar em prescrição, por se tratar os vencimentos de prestações que se sucedem no tempo. Com isso, ocorre a cada mês o surgimento do direito de ter tais valores incorporados à folha de pagamento, de modo que a prescrição se dá somente no que tange às parcelas vencidas antes do quinquênio prescricional.

A questão, inclusive, já foi sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça através do verbete nº 85, *in verbis*:

> **Súmula nº 85 -** Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação.

A propósito, no RE nº 110.419, que deu origem à edição da Súmula 85 do STJ, o Ministro Moreira Alves, Relator do processo, esclarece:

> "O fundo de direito é expressão utilizada para significar o direito de ser funcionário (situação jurídica fundamental) ou os direitos a modificações que se admitem em relação a essa situação jurídica fundamental, como reclassificações, reenquadramentos, direito a adicionais por tempo de

> serviço, direito à gratificação por prestação de serviços de natureza especial, etc. A pretensão do fundo de direito prescreve, em direito administrativo, em cinco anos a partir da data da violação dele, pelo seu não reconhecimento inequívoco. Já o direito a perceber as vantagens pecuniárias decorrentes dessa situação jurídica fundamental ou de modificações ulteriores é mera conseqüência daquela, e sua pretensão, que diz respeito a *quantum*, renasce cada vez em que este é devido (dia a dia, mês a mês, ano a ano, conforme a periodicidade em que é devido seu pagamento) e, por isso, se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos, nos termos exatos do art. 3º do Decreto 20.910/32".

Já Pontes de Miranda ensina que *"Se se trata de prestações periódicas, a prescrição concerne a cada período; portanto, completa-se à medida que se alcança o quinto aniversário. As posteriores ficam fora da exceção de prescrição, desde que não foi por lei extinto o direito"* (Tratado de Direito Privado – pág. 393 – tomo VI – Borsoi – terceira edição). Além disso, *"a prescrição não se conta da lei que defere o direito, mas do ato que lhe recusa aplicação"* (R.T.J. – vol. 46, pág. 259), que no caso não se deu.

Com isso, a matéria encontra-se pacificada por nossas Cortes de Justiça e decidida pelo egrégio STJ, como se pode observar por meio dos julgados a seguir transcritos:

> "PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ENQUADRAMENTO AUTOMÁTICO. NÃO OCORRÊNCIA. ATO OMISSIVO. CONFIGURAÇÃO. AUSÊNCIA DE NEGATIVA POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA.
> 1. Deixando o Estado de enquadrar a servidora pública no correto nível da carreira, nos termos da Lei Estadual n.º 12.066/93, a despeito da regra expressa no sentido de que o enquadramento seria automático, resta configurado ato omissivo, considerando que não houve negativa do direito da Autora ao enquadramento por parte da Administração Púbica, **o que afasta a incidência da prescrição do fundo de direito.** Precedentes.
> 2. Agravo regimental desprovido."
> (REsp 874490/CE, Relatora Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 08.10.2007).

> "PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. NÃO OCORRÊNCIA. SÚMULA 85/STJ.
> **Em se tratando de ação proposta com o fito de obter revisão de benefício previdenciário, relação de trato sucessivo e natureza alimentar, a prescrição que incide é aquela prevista no Enunciado n.º 85 da Súmula do STJ: "Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do qüinqüênio anterior à propositura da ação." Não ocorrência *in casu* da chamada prescrição do fundo de direito. Precedentes.**
> Agravo regimental desprovido."

(REsp 934229/RS, Relator Ministro Felix Fischer, 5ª Turma, 09.08.2007).

"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. MILITAR. REFORMA. DIREITO A PROVENTOS CORRESPONDENTES AO POSTO IMEDIATO. NEGATIVA EXPRESSA DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA. PRESCRIÇÃO. RELAÇÕES JURÍDICAS DE TRATO SUCESSIVO. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.
1. Tendo o recorrente, em tese, sido beneficiado pela Lei Estadual 880/85, que estendeu aos militares do Quadro de Oficias de Saúde do Corpo de Bombeiros Militares do Estado do Rio de Janeiro o direito ao acesso ao posto de Coronel, tem-se caracterizada uma omissão da Administração**, renovada mês a mês, na medida em que não houve nenhum ato concreto negando-lhe esse direito. Por conseguinte, resta configurada a incidência da prescrição apenas sobre as parcelas vencidas antes do qüinqüênio anterior ao ajuizamento da ação, nos termos da Súmula 85/STJ.**
(...)."
(REsp. 756838/RJ, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 5ª Turma, 22.05.2007).

"CONSTITUCIONAL. BOMBEIRO MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. REAJUSTE DE 28,86% EXTENSIVO AOS MILITARES DO DISTRITO FEDERAL. ARTIGO 21, XIV, DA CF.
(. . .)
02. A QUESTÃO DE FUNDO DO DIREITO PRETENDIDO (REAJUSTE SALARIAL) NÃO PODE SER ALCANÇADA PELA PRESCRIÇÃO, EM FACE DA RELAÇÃO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (TRATO SUCESSIVO) HAVIDA ENTRE OS SERVIDORES E O DISTRITO FEDERAL. CONSIDERAM-SE PRESCRITAS, ENTRETANTO, AS PRESTAÇÕES QUE EXTRAPOLAM O QÜINQÜÊNIO PREVISTO NO ARTIGO 1º DO DECRETO N. 20.910, DE 06 DE JANEIRO DE 1932. SÚMULA 85 DO STJ.
04. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO."
(Apelação Cível nº 289681, Relatora Desembargadora Nídia Corrêa Lima, 3ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Publicado em 13.12.2007, p. 91)

"MANDADO DE SEGURANÇA - CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - SERVIDOR DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL - MUDANÇA DE PADRÃO MONETÁRIO - 11,98% - PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E OCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO REJEITADAS - MÉRITO: SÚMULA N.º 02 DO E. TJDFT - JURISPRUDÊNCIA PACIFICADA PELOS TRIBUNAIS SUPERIORES - CONCESSÃO DA ORDEM - MAIORIA.
(. . .)
II - NO CASO DO ÍNDICE DE 11.98% DEVIDO AOS SERVIDORES PÚBLICOS EM DECORRÊNCIA DA ERRÔNEA CONVERSÃO DA MOEDA CRUZEIRO REAL EM URV, EM 1994, NÃO OCORRE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO, MAS, APENAS, DAS

> PARCELAS ANTERIORES AO AJUIZAMENTO DA AÇÃO, EIS QUE SE CUIDA DE RELAÇÃO JURÍDICA DE TRATO SUCESSIVO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA N.º 85 DO COL. STJ. (Apelação Cível nº 285890, Relator Desembargador Lecir Manoel da Luz, Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, Publicado em 26.11.2007, p. 198).

Como dito, o prazo prescricional ficou interrompido a partir da propositura da Ação Mandamental, que se deu em 27 de maio de 1999, reiniciando-se após seu trânsito em julgado.

O recomeço do prazo refere-se apenas ao direito de pleitear, através de ação ordinária de cobrança, os valores concedidos pelo *writ,* não atingindo o lapso quinquenal anterior à interposição do *mandamus.*

Com efeito, o caso *sub examine,* enquadra-se nos ditames do Decreto nº 20.910, de 06 de janeiro de 1932, que regula a prescrição contra a Fazenda Pública, *in verbis:*

> **Art. 1º** - As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem. *(Grifamos)*

Nesse contexto, a prescrição quinquenal alcança apenas a cobrança das parcelas vencidas antes do quinquênio que antecedeu a propositura da Ação Mandamental, a qual se deu em 27 de maio de 1999.

Diante do exposto, com fulcro na legislação e jurisprudência aplicáveis à espécie, conheço do recurso apelatório e da remessa oficial para negar-lhes provimento, mantendo a sentença.

É como voto.

Fortaleza, 12 de novembro de 2012.

Nº PROCESSO: 0699141-98.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: CENTRO CULTURAL DE FORTALEZA
APELADO: ESPÓLIO DE ORFILA DE ABREU NOGUEIRA E FRANCISCO GENTIL NÓBREGA REP. POR FÁTIMA NOGUEIRA BARROSO SOUSA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA. COBRANÇA DE ALUGUEL. AÇÃO DE DESPEJO POR FALTA DE PAGAMENTO C/C COBRANÇA DE ALUGUÉIS. ALEGAÇÃO NÃO PROCEDENTE DE COBRANÇA DE VALORES SEM PREVISÃO LEGAL. RÉU QUE DEVIDAMENTE CITADO COMPARECE PEDINDO A PURGAÇÃO DA MORA, NÃO O FAZENDO. DESCUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. RECURSO CONHECIDO E IMPROPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0699141-98.2000.8.06.0001, em que figuram, como Apelante Centro Cultural de Fortaleza e, como Apelado Espólio de Orfila de Abreu Nogueira e Francisco Gentil Nóbrega rep. por Fátima Nogueira Barroso Sousa, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Fortaleza, 17 de agosto de 2012.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na ação de despejo por falta de pagamento interposta por Espólio de Orfila de Abreu Nogueira e outros – Fátima Nogueira Barroso Sousa em face de Centro Cultural de Fortaleza, em que afirma o autor, em sua peça inicial, que o inquilino deixou de pagar alugueis e demais encargos de locação, requerendo ao final a procedência da ação com consequente decretação do despejo e pagamento do débito locatício.

Sentença prolatada às fls. 112/113 dos autos em que o Juiz de primeiro grau julgou procedente o pedido para o fim de declarar rescindido o Contrato Locativo de fls.12/17, ocasião em que deixou de decretar o despejo em virtude de ter o imóvel sido desocupado.

Condenou ainda o promovido ao pagamento dos alugueres em atraso, bem

como os acessórios da locação, devidamente corrigidos em percentual de 2%, sobre o valor da prestação.

Embargos de declaração às fls. 115/116, em que a promovente alega omissão da sentença, no que se refere à condenação da parte requerida nas verbas sucumbenciais e e honorários advocatícios.

Decisão às fls. 117.

Apelação às fls. 118/122, onde o apelante alega que o presente processo noticia fatos que merecem para a aplicação da lei, profunda análise processualista e comprobatória.

Aduz que a cobrança de valores calculados sem previsão contratual é impossível, dai resultando a impossibilidade jurídica do pedido, requerendo ao final a improcedência da presente ação que reputa indevida e abusiva com valores calculados unilateralmente e incorretamente pelo apelado.

Contrarrazões às fls. 127/133, onde rebate os argumentos do recurso apelatório, argumentando ser ele desprovido de fundamento, posto que o pedido inicial não é impossível já que são previstos contratualmente para pagamento do inquilino, todos os impostos, taxas e encargos referentes ao imóvel e reafirma que o promovido deu motivo à rescisão do contrato, requerendo ao final a improcedência do recurso, confirmando-se a sentença de 1° grau, bem como a condenação do promovido em litigância de má-fé.

É o relatório.

Independe de revisão.

Fortaleza, 17 de agosto de 2012.

VOTO

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

Sem nulidades detectadas.

Analisando o recurso de apelação cível interposto por Centro Cultural de Fortaleza, observamos que irresignou-se o mesmo, alegando que a ação se revela fruto de uma desmedida e condenável cupidez, que o pedido é improcedente face a cobrança de valores calculados sem previsão legal.

No que tange a improcedência do pedido esta não deve prosperar, já que há nos autos contrato locatício, tratando-se o pedido de despejo por falta de pagamento cumulado com cobrança, não existindo qualquer prova que tenha o apelante pago os aluguéis em atraso.

Caberia ao mesmo ter usado da faculdade de que lhe confere o art.62 da lei 8.245/91.

Na verdade trata-se de pedido que tem esteio nas disposições do art.9°, II, III, da Lei n°8.245/91, c/c o art.62 e seus incisos da referida lei.

Sendo a locação o empréstimo da coisa a título oneroso, a permanência do locatário no imóvel não pode prescindir do pagamento mensal, atempadamente, do valor locatício.

Mas, o legislador, nesta hipótese, no art. 62, da lei inquilinária, oportuniza ao locatário purgar a mora ou demonstrar porque deixou de fazê-la, para livrá-lo do desfazimento da relação ex - locato e do respectivo despejo. Caberia ao mesmo ter usado da faculdade de que lhe confere o art.62 da lei 8.245/91.

Em que pese o descontentamento do recorrente, considero escorreita a decisão de primeiro grau, já que citado compareceu em juízo acenando com interesse de purgação da mora e não o fazendo sob a alegação de exorbitância da cobrança locativa.

Deve-se esclarecer que o aluguel é devido pelo locador durante todo o período que a coisa esteve à disposição do locatário, ainda que não utilizada.

Leciona Sílvio de Salvo Venosa *in verbis* :

> "A falta de pagamento por parte do locatário, além de ser infração legal, também é uma infração contratual. Como tem a ver com a própria natureza onerosa do contrato, é a que mais ressalta de importância."

Preleciona a lei do inquilinato que:

> Art. 9° A locação também poderá ser desfeita:
>
> I- por mútuo;
> II- em decorrência da prática de infração legal ou contratual;
> III- em decorrência da falta de pagamento do aluguel e demais encargos;
> IV- para realização de reparações urgentes determinadas pelo pode público, que não possam ser normalmente executadas com a permanência do locatário do imóvel, ou podendo,ele se recuse a consenti-las.

Deixou o apelante de pagar os aluguéis à recorrida da forma estipulada no contrato, não há que se falar no caso em exorbitância da cobrança locativa, sendo esta alegação destituída de fundamento. O recorrente foi negligente. O pagamento do aluguel é a obrigação mais importante do locatário, devendo este pagamento ser também pontual, de acordo com o disposto no art. 23 da lei 8.245, de 18-10-1991:

> Art.23 . o locatário é obrigado a:
>
> I- pagar pontualmente o aluguel e os encargos da locação, legal ou contratualmente exigíveis, no prazo estipulado, ou, em sua falta, até o sexto dia útil do mês seguinte ao vencimento, no imóvel locado quando outro local não tiver sido indicado no contrato;

Firme é a Jurisprudência neste sentido:

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
APELAÇÃO SEM REVISÃO
N°0041708-55.2008.8.26.0000
SEÇÃO DE DIREITO PRIVADO - 26ª CÂMARA
APELANTE: ARTENA COZINHAS LTDA
APELADO: CENTER LESTE EMPREEND. COMERCIAIS LTDA
COMARCA: SÃO PAULO - FORO REG. DE PENHA DE FRANÇA
EMENTA: Despejo por falta de pagamento - Ausência de purgação da mora - Despejo bem decretado -
Recurso improvido.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
30ª Câmara de Direito Privado
Apelação nº 0134487-91.2006.8.26.0002 - São Paulo – Fórum Regional de Santo Amaro
Voto nº 20.690
Apelante: Emerson Pereira de Souza
Apelado: Flavio Augusto Siqueira
Juíza de Direito: Viviane Nóbrega Maldonado
Locação de imóvel - Ação de despejo por falta de pagamento - Aluguel - Inadimplemento – Descumprimento da obrigação - Comprovação.
Comprovada a relação ex-locato, justifica-se a declaração da procedência da ação de despejo por falta de pagamento de aluguéis cumulada com cobrança, uma vez positivado o descumprimento da obrigação de solver os locativos.

Não consta que o requerido tenha efetivamente efetuado o pagamento, ressaltando-se que todo contrato de locação, seja ele escrito ou tácito, contém cláusula expressa no tocante ao pagamento dos aluguéis, bem como ao pagamento dos acessórios da locação, encargos, taxas, tributos de quaisquer natureza, inclusive seguro complementar, não permitindo o atraso do pagamento daqueles encargos, ensejando a imediata proposição da competente Ação de Despejo, quando da falta de pagamento de aluguel. Não podendo, portanto, se valer o apelante das alegações acima transcritas para se livrar das suas obrigações não cumpridas.

A lei inquilinal como bem enfatizou a Juíza de primeiro grau não enseja interpretação dúbia, ou o locatário comprova que pagou o que lhe está sendo cobrado ou, purga a mora para evitar o despejo.

Diante do exposto, conheço do presente recurso, por estarem presentes os pressupostos de admissibilidade, e com base nos argumentos expostos, confirmo a sentença monocrática por seus jurídicos fundamentos.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 17 de agosto de 2012.

Nº PROCESSO: 0718281-21.2000.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: 19ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: CARLOS ALBERTO DE JESUS
APELADA: FRANCISCA LIMA DA SILVA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO
AJ001

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. POSSESSÓRIA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. IMÓVEL FINANCIADO. "CONTRATO DE GAVETA" ENTRE OS NOVOS ADQUIRENTES E OS ANTERIORES. POSSE ANTERIOR NÃO DEMONSTRADA PELA PARTE AUTORA. DECISÃO MANTIDA.

1 - Na ação de reintegração de posse o possuidor deve observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do Código de Processo Civil, demonstrando sua posse; o ato esbulhador praticado pelo réu; a data do esbulho e a perda da posse, afastando-se, em princípio, a hipótese de análise do direito de propriedade.

2 - As circunstâncias fáticas do caso não evidenciaram que a parte autora exercia posse sobre o imóvel disputado, ainda que titulada em seu nome. O ônus da prova, tratando-se de matéria eminentemente fática, como no caso em tela, incumbe a quem a alega como constitutiva do seu direito, nos moldes do artigo 333, I, do CPC.

3 - Apelo conhecido, porém improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível nº. 0718281-21.2000.8.06.0001 , em que são partes apelantes Carlos Alberto de Jesus e sua mulher e apelados Francisca Lima da Silva e seu marido.

ACORDA a Sétima Câmara Cível desta Corte de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em conhecer do recurso para negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Examinando, trata-se de Apelação Cível interposta por Carlos Alberto de Jesus e Eduvirgens Maria Vieira da Rocha contra decisão prolatada nos autos da Reintegração de Posse, ajuizada pelos mesmos em face de Francisca Lima da Silva e

Helder Lima da Silva, julgada improcedente, diante da falta de provas do alegado, nos termos do art. 927 do CC. É o que se lê das fls. 204/208.

Inconformados, os promoventes interpuseram recurso de apelação (fls. 210/215), repetindo as alegações sustentadas na inicial, alegando em suma: da validade do "contrato de gaveta", em imóvel financiado pela CEF, com a quitação do valor do imóvel à vista; da transferência da posse para os apelantes, que foram esbulhados na posse quando do atraso de algumas prestações; que o juízo monocrático deixou de observar o disposto nos artigos 1210 e seguintes do CC, ao negar a reintegração pleiteada. Por fim, requerem a procedência da demanda, com o reconhecimento do contrato de compra e venda firmado entre as partes, acompanhado da transferência da posse e do esbulho ocorrido, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Contrarrazões às fls. 220/223. Distribuídos e redistribuídos os autos aportaram nesta relatoria em 16/09/2011.É o que importa relatar.

À Douta Revisão.

Fortaleza, 06 de outubro de 2012.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Acerca das ações de reintegração de posse, Orlando Gomes bem esclarece que "seu fim específico é obter a recuperação da coisa. Tem todo o possuidor direito a consegui-la se da posse for privado por violência, clandestinidade ou precariedade. Também chamado de ação de força nova espoliativa, pressupõe ato praticado por terceiro que importe, para o possuidor, perda da posse, contra a sua vontade". (Direitos reais. 11. ed. São Paulo: Forense, 1995. p. 79).

Para a procedência do pleito inicial de reintegração de posse, necessário encontrar-se presentes os requisitos do art. 927 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

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

De início, cumpre salientar que "A proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada ate mesmo contra o proprietário ou possuidor indireto, eis que, no confronto da posse daquele que realiza atos de uso e gozo, com a do proprietário que nunca teve posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título, deve prevalecer a do primeiro" (Resp. 73839/MG, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJ 01/07/1996, p. 24049).

Para demonstrar sua posse, trouxeram anexo à exordial um Contrato de Compra e Venda no qual figuram como "compradores" do apartamento. No entanto, a questão sobre o domínio decorrente de título é irrelevante à resolução da lide, conforme já salientado por meio da citação do Resp. 73839/MG.

Perfilha o mesmo entendimento a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "CIVIL. DIREITO DAS COISAS. POSSE. MANUTENÇÃO. AÇÃO DE ANO E DIA. PROCEDIMENTO SUMÁRIO. PROPRIEDADE. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. HIPOTECA. IRREGULARIDADE. TURBAÇÃO DE DIREITO. NÃO CONFIGURAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE EFETIVA VIOLAÇÃO AO PLENO EXERCÍCIO DA POSSE.
> - A ação de ano e dia de manutenção de posse (art. 926 e segs. do CPC) é medida cujo escopo específico é a obtenção, mediante um juízo de cognição sumária, de mandado judicial que faça cessar ato turbador.
> - Ainda que o interesse da manutenção de posse não se esgote na cessação do ato turbador – o art. 921 do CPC admite cumular ao pedido possessório o de: (i) condenação em perdas e danos; (ii) cominação de pena para caso de nova turbação ou esbulho; e (iii) desfazimento de construção ou plantação feita em detrimento da posse – a presente ação não comporta discussão na seara dos direitos oriundos da propriedade, pois a recorrida se limita a defender sua posse.- Independentemente de a turbação ser qualificada como de fato ou de direito, não se pode olvidar que, em qualquer hipótese, a *vis inquietativa* somente se caracteriza se a violação efetivamente puser em xeque o usufruto da posse.- Confrontando-se a constituição de hipoteca e a posse, fica patente que aquela não gera qualquer efeito sobre essa. Em outras palavras, a hipoteca, por si só, não limita de nenhuma forma o pleno exercício da posse. Recurso Especial conhecido e provido. (REsp 768.102/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2008, DJe 30/04/2008)".

Em consonância com o julgado acima, no caso *sub examine*, não se têm devidamente comprovada a turbação, tampou o esbulho, já que da análise percuciente do caso, depreende-se que o imóvel não foram objeto do esbulho, ante sua não comprovação, uma vez que não basta somente alegá-lo, e sim, prová-lo. Portanto não demonstrou o autor/apelado exercer (de fato) a posse sobre o imóvel objeto da lide, restando duvidosa e controversa até mesmo sua alegada condição de proprietário. Dessa forma, não se desincumbiu de provar a posse anterior e, logicamente, esbulho.

Reitera-se que a demanda é possessória; o que se examina é o fato posse (*ius possessiones*), e não o direito à posse (*ius possidendi*), segundo asseveram Pontes de Miranda (Comentários ao CPC, Forense, 2ª ed., Tomo VI, p. 141) e Orlando Gomes (Direitos Reais, Forense, 2ª ed., p. 112). Tais ações destinam-se a dirimir controvérsias relativas à posse, e não ao domínio, para o que se reservam demandas petitórias.

Nesse sentido, cito julgados do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL - POSSE - MULTA POR DECLARATÓRIOS PROTELATÓRIOS - MATÉRIA DE FATO.
I - Comprovada a posse e sua origem, a proteção possessória independe da alegação de domínio e pode ser exercitada ate mesmo contra o proprietário ou possuidor indireto, eis que, no confronto da posse daquele que realiza atos de uso e gozo, com a do proprietário que nunca teve posse efetiva, mas apenas civil, oriunda de título, deve prevalecer a do primeiro (precedente do STJ). […] (STJ. REsp 73839/MG, Relator Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA TURMA, DJ 01/07/1996 p. 24049).

PROTEÇÃO POSSESSÓRIA. MATÉRIA DE FATO. [...] PRECEDENTES DA CORTE.
1. Na linha de precedentes da Corte, e mesmo sem desafiar a vigência da segunda parte do art. 505 do Código Civil, "a proteção possessória independe da alegação de domínio" […]
3. Recurso especial não conhecido. (STJ. REsp 81688/RJ, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, DJ 20/10/1997).

Colaciono julgados dos tribunais:

COMODATO VERBAL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. REQUISITOS DO ART. 927 DO CPC. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. Não restando demonstrados os requisitos do art. 927 do CPC, em especial a posse anterior, de rigor a improcedência do apelo, mormente porque a irresignação fundada na alegada posse indireta se traduz em inovação em sede recursal. Apelação improvida. (TJRS. Apelação Cível nº 70037513611, Décima Nona Câmara Cível, Relator: Guinther Spode, Julgado em 14/12/2010, Diário da Justiça: 07/01/2011).

REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMÓVEL FINANCIADO - "CONTRATO DE GAVETA" ENTRE OS NOVOS ADQUIRENTES E OS ANTERIORES, ORA ALIENANTES - PRESTAÇÕES IMPAGAS - IMÓVEL PRESTES A IR À ARREMATAÇÃO - NOTIFICAÇÃO EXTRAJUDICIAL - MODALIDADE ADMITIDA - DESATENDIMENTO POR PARTE DA RÉ DO EXIGIDO - ESBULHO CONFIGURADO - CONFISSÃO DE DÉBITOS NO ENSEJO DA DEFESA - DEMANDA PROCEDENTE - APELAÇÃO PROVIDA PARA JULGAR PROCEDENTE O PEDIDO. A parte, que notificada, deixa de efetuar o pagamento das prestações avençadas, em razão de haver firmado contrato de compra e venda, comete esbulho, vício que autoriza, aliado a outros requisitos (CPC, art. 927), a proteção possessória, via a ação de reintegração. CPC927.(1799706 PR Apelação Cível - 0179970-6, Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 27/08/2003, Setima Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 26/09/2003 DJ: 6463)

POSSESSÓRIA. Esbulho. Autor que alegou ter celebrado comodato verbal com o réu. Imóvel adquirido por meio de "contrato de gaveta". Ausência de registro do novo proprietário no respectivo Cartório de Imóveis. Envio de Notificação Extrajudicial para desocupação do imóvel.

Desatendimento. Ação julgada procedente. CARÊNCIA DE AÇÃO E ILEGITIMIDADE ATIVA. Preliminar suscitada em contestação e reiterada nas razões recursais. Autor que não seria proprietário do imóvel por ter firmado "contrato de gaveta". Rejeição da preliminar no despacho saneador. Inexistência de aparelhamento de recurso próprio e oportuno contra aquela decisão interlocutória. A ação apesar de indevidamente intitulada como reivindicatória diz respeito à posse do autor, a existência do suposto contrato verbal de comodato e eventual esbulho praticado pelo réu. Sentença mantida. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Alegação do recorrente de que não residiria no imóvel. Irrazoabilidade. A Notificação Extrajudicial foi por ele recebida no imóvel objeto do litígio. Ainda que, posteriormente, por meio do Mandado de Constatação, apenas a ex-esposa os filhos do réu residissem no imóvel, ele é parte legítima para figurar no pólo passivo da ação, tanto que contestou a ação sem fazer qualquer ressalva, e outorgou Procuração onde constou que era residente e domiciliado no imóvel em disputa. Sentença mantida. MORA. Alegação de inexistência de mora. Insubsistência. Confirmação de que o imóvel foi emprestado para si e sua família. Com o recebimento da Notificação Extrajudicial teve início o prazo para desocupação do imóvel, que não foi atendido. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO. (201831820098260344 SP 0020183-18.2009.8.26.0344, Relator: Jurandir de Sousa Oliveira, Data de Julgamento: 20/06/2012, 18ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/07/2012)

CIVIL - PROCESSO CIVIL - AÇÃO POSSESSÓRIA - RECONVENÇÃO - POSSIBILIDADE - CONTRATO DE GAVETA - INADIMPLÊNCIA DO CESSIONÁRIO - RESCISÃO CONTRATUAL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - RECURSO PROVIDO.
1. CABE RECONVENÇÃO EM AÇÃO POSSESSÓRIA, TENDO POR OBJETO PRETENSÃO DIVERSA DA PREVISTA NO ARTIGO 922 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
2. A PATENTE INADIMPLÊNCIA DO CESSIONÁRIO DÁ AZO À RESOLUÇÃO CONTRATUAL DE CESSÃO DE DIREITOS SOBRE O OBJETO DA AÇÃO, COM CONSEQÜENTE REINTEGRAÇÃO DOS RECONVINTES NA POSSE DO IMÓVEL, EM RAZÃO DO PEDIDO DE PROTEÇÃO POSSESSÓRIA REQUERIDO EM SEDE DE CONTESTAÇÃO.(994832920038070001 DF 0099483-29.2003.807.0001, Relator: LECIR MANOEL DA LUZ, Data de Julgamento: 17/06/2009, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: 25/06/2009, DJ-e Pág. 105)

Obrigação de Fazer. Outorga de Escritura. Instrumento particular de cessão de Direitos - "Contrato de gaveta". Descumprimento da avença pelos demandados. Perdas e danos. Retenção de parte do valor em decorrência da longa ocupação do imóvel pelos autores. Recurso dos réus improvido e provido o adesivo dos autores. (994020482235 SP , Relator: Adilson de Andrade, Data de Julgamento: 28/09/2010, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 08/10/2010).

APELAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DE SENTENÇA. REJEITADA. RESCISÃO CONTRATUAL. INADIMPLÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA.

1 Quando os fundamentos da sentença são hábeis a sua conclusão, resta descaracterizada qualquer violação ao art. 93, IX da CF, e artigos 458, II e 459 do CPC.
2 - Contrato firmado na vigência do Código Civil de 1916. Efeitos jurídicos analisados sob a égide daquela lei.
3 - Não havendo culpa do devedor, não incorre este em mora. Recurso conhecido, mas improvido. (ACÓRDÃO Nº::20063007769-9 RELATORA: DESA. CÉLIA REGINA DE LIMA PINHEIRO. Julgado em 06/08/2008)

COMPROMISSO DE VENDA E COMPRA. Imóvel Obrigação de entrega não cumprida pela vendedora. Pedido de rescisão formulado pelo promissário comprador, cumulado com indenização por danos morais e adjudicação compulsória do imóvel dado como entrada. Sentença de procedência parcial. Condenação da ré a devolver as quantias recebidas, suficiente a restituir as partes à situação anterior ao contrato. Adjudicação compulsória indevida. Danos morais não configurados. Apelação desprovida.
(9068385712005826 SP 9068385-71.2005.8.26.0000, Relator: Carlos Henrique Miguel Trevisan, Data de Julgamento: 04/08/2011, 4ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 05/08/2011).

Colho julgados desta Egrégia Casa de Justiça Alencarina:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO JUIZ. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO ESBULHO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA. SENTENÇA MANTIDA.
1. Nas ações possessórias, o art. 927 do Código de Processo Civil estabelece que é do autor o ônus de provar sua posse sobre o bem, a turbação ou esbulho praticado pelo réu, a data da referida agressão e a continuação ou perda da posse.
2. *In casu*, mostram-se ausentes os requisitos autorizadores da proteção possessória requerida, vez que o conjunto probatório demonstra que o réu exerce de boa-fé e sem vícios a posse sobre o bem descrito na inicial, sendo, portanto, incabível a procedência do pedido de reintegração de posse.
3. Aplica-se, ao caso em epígrafe, o princípio do livre convencimento motivado do julgador, pelo qual, se já estiver convencido da verdade dos fatos, torna-se desnecessária a produção de outras provas, que não exerceriam influência no deslinde da controvérsia, situação esta presente nos autos sob apreciação.
4. Apelação Cível conhecida e improvida.
(AC 397875200280600000, R**elator(a):** MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, julgado em 29/06/2011).

APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FALTA DE PROVA DA POSSE ANTERIOR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

1. Não se desincumbindo o autor de provar existência de posse anterior, não procede o pedido de reintegração de posse porque não preenchidos os requisitos previstos em lei (artigo 927 do CPC).
2. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação 2638737200580600011. Des. Rel. LINCOLN TAVARES DANTAS, julgado em 18/04/2011).

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE - IMPROCEDÊNCIA - POSSE ANTERIOR NÃO DEMONSTRADA PELA PARTE AUTORA - DECISÃO MANTIDA.
1 - Na ação de reintegração de posse o possuidor deve observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do Código de Processo Civil, demonstrando sua posse; o ato esbulhador praticado pelo réu; a data do esbulho e a perda da posse, afastando-se, em princípio, a hipótese de análise do direito de propriedade.
2 - As circunstâncias fáticas do caso não evidenciaram que a parte autora exercia posse sobre a área disputada, ainda que titulada em seu nome.
3 - Apelo conhecido, porém improvido.
(TJCE. Apelação Cível nº 444481-44.2000.8.06.0000/0, Relatora: Desa. VERA LÚCIA CORREIA LIMA, 4ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 16/12/2009).

APELAÇÃO CÍVEL. REITEGRAÇÃO DE POSSE. DISCUSSÃO DE PROPRIEDADE. FALTA DE PROVA DA POSSE ANTERIOR E DO ESBULHO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 927 DO CPC. [...]
1. Não se desincumbindo o autor de provar existência de posse anterior, e sua perda por alegado esbulho praticado pela ré, improcede o pedido de reintegração de posse porque não preenchidos os requisitos previstos em lei (artigo 927 do CPC). [...]
3. APELAÇÃO PROVIDA.
(TJCE. Apelação Cível nº 480227-70.2000.8.06.0000/0, Relator: Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, 4ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 16/10/2009).

[...] REINTEGRAÇÃO DE POSSE COM PLEITO DE MEDIDA LIMINAR. ÔNUS DO AUTOR DA AÇÃO DE COMPROVAR O ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 927 DO ESTATUTO PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE POSSE ANTERIOR. [...]
1. Conforme os preceitos dos arts. 926 e seguintes do Código de Processo Civil, para o ajuizamento da ação de reintegração de posse, faz-se necessária a comprovação dos seguintes requisitos: a) a posse anterior do promovente; b) o esbulho praticado pelo promovido; c) a data do esbulho; e, d) a perda da posse.
2. Logo, na ação de reintegração de posse, o deferimento da liminar depende da indispensável comprovação de que o promovente detinha a posse sobre o imóvel em questão e que dela foi privado. [...].
4. Agravo de Instrumento conhecido e provido.
(TJCE. Agravo nº 3234-36.2009.8.06.0000/0, Relator: Des. RAUL ARAÚJO FILHO, 1ª CÂMARA CÍVEL, DJ: 01/06/2009).

Nesta seara, trago exertos de julgados de minha relatoria:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PAGAMENTO REFERENTE AO FINANCIAMENTO DE IMÓVEL EM NOME DO APELADO JUNTO À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL COM PEDIDO MÚLTIPLO DE REINTEGRAÇÃO DO IMÓVEL COM DETERMINAÇÃO DE PAGAR VALORES REFERENTES AO PERÍODO EM QUE O APELANTE RESIDIU NO IMÓVEL. VALORES ATRASADOS PAGOS PELO APELADO JUNTO À CEF. JULGAMENTO QUE DETERMINA REINTEGRAÇÃO DO IMÓVEL E RESSARCIMENTO AOS APELADOS DOS VALORES PAGOS REFERENTE AO PERIODO EM QUE O APELANTE RESIDIU NO IMÓVEL. SENTENÇA COMPATÍVEL COM PEDIDO FORMULADO. ADEQUAÇÃO. AUSÊNCIA DE JULGAMENTO *ULTRA-PETITA*. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.: 0077602-52.2005.8.06.0001, 27 de julho de 2012

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR. POSSIBILIDADE. CONTRATO SEGUIDO DE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA. PROMITENTE-COMPRADOR QUE, ALÉM DE SE ASSENHORAR DO IMÓVEL, NÃO CUMPRE AS OBRIGAÇÕES DE PAGAR O QUE AVENÇOU. DAS 12 PARCELAS, O PROMITENTE COMPRADOR PAGOU APENAS 03 DELAS, REPRESENTADAS POR NOTAS PROMISSÓRIAS E ATRASA MAIS DE 90 DIAS. IMPONTUALIDADE GRAVOSA. IMPOSIÇÃO DE MULTAS E JUROS, DE ACORDO COM O CONTRATO. INADIMPLÊNCIA QUE ACARRETA DESFAZIMENTO IMEDIATO DO CONTRATO CONFORME AVENÇARAM. NÃO HÁ MAIS SUSTENTÁCULO FACTUAL PARA QUE O PROMITENTE COMPRADOR MANTENHA-SE NA POSSE DO IMÓVEL. DAÍ A REINTEGRAÇÃO.
> É TOTALMENTE ALHEIO AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE A DECISÃO DO MAGISTRADO QUE, RECONHECENDO A RESCISÃO CONTRATUAL, EXPEDE MANDADO DE REINTEGRAÇÃO E, AO MESMO TEMPO, DECRETA A INTRANSFERIBILIDADE DO IMÓVEL REINTEGRADO, TOLHENDO DIREITO DO LEGÍTIMO PROPRIETÁRIO.
> VELHO ARGUMENTO DE QUE NÃO FORAM NOTIFICADOS E NÃO TOMARAM CONHECIMENTO DA AÇÃO. DESCABIMENTO. QUALQUER OBSTÁCULO À FRUIÇÃO DA PROPRIEDADE CONSTITUI ONEROSIDADE EXCESSIVA. A MEDIDA QUE DECRETA INTRANSFERIBILIDADE PREJUDICA O PROPRIETÁRIO, PROMITENTE VENDEDOR DE BOA-FÉ E PRIVILEGIA O MAU PAGADOR, POSTO QUE O AJUSTE, JÁ RESOLVIDO, OBRIGA AO CONTRAENTE, PROMITENTE COMPRADOR, DEVOLVER INCONTINENTI O IMÓVEL, POR SUA VEZ, RECEBER AS PARCELAS RECOLHIDAS E ACERTAR O TEMPO EM QUE O DEVEDOR

> IMPONTUAL FICOU COM O IMÓVEL, SEM PAGAMENTO DE ALUGUEL OU OUTRAS IMPOSIÇÕES DECORRENTES DO DIREITO AS QUAIS DEVEM SER SOLUCIONADAS DE ACORDO COM O CUMPRIMENTO INTEGRAL DO CONTRATO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO. 0072884-68.2012.8.06.0000, Fortaleza, 17 de abril de 2012.
>
> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE. LIMINAR CONCEDIDA. POSSIBILIDADE. CONTRATO SEGUIDO DE CLÁUSULA RESOLUTÓRIA. PROMITENTE-COMPRADOR QUE, ALÉM DE SE ASSENHORAR DE TODO O PATRIMÔNIO – BENS FÍSICOS, MÃO DE OBRA, MÁQUINAS E VEÍCULOS – NÃO CUMPRE AS OBRIGAÇÕES DE PAGAR O QUE AVENÇOU. E, MAIS DO QUE ISSO, CONFESSA A MORA, ARGUINDO IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIR O PACTO DEVIDO A DÍVIDAS CONVALIDADAS E PENDENTE, RESTANDO DESCOBERTOS DOS MOTIVOS FÁTICOS PARA CONTINUAR NA POSSE. PRECARIEDADE QUE ACARRETA REINTEGRAÇÃO. SÓ HÁ POSSE, PROPRIEDADE E ACRÉSCIMO COM O CUMPRIMENTO DO PACTO. FORA DISSO HÁ ESBULHO. AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO.0073292-59.2012.8.06.0000, 26/03/2012.
>
> EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. COMODATO. NOTIFICAÇÃO PARA DEVOLUÇÃO DO BEM COM AUDIÊNCIA NO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUFICIÊNCIA. ESBULHO DEMONSTRADO.
> 1. DADO EM COMODATO VERBAL O IMÓVEL, A NOTIFICAÇÃO FEITA ATRAVÉS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO ENTRE AS PARTES É SUFICIENTE PARA DEMONSTRAR A PRETENSÃO DO COMODANTE DE RETOMAR O IMÓVEL.
> 2. A NÃO DESOCUPAÇÃO DO IMÓVEL APÓS O PRAZO DA NOTIFICAÇÃO CARACTERIZA O ESBULHO, NO SENTIDO DE QUE O COMODATÁRIO NÃO TEM MAIS SUSTENTÁCULO OU O LIAME QUE MANTÉM NA ANTIGA RELAÇÃO: O CONTRATO A TÍTULO GRATUITO.
> 3. NO SISTEMA DE COMODATO O COMODATÁRIO NÃO POSSUI O BEM, MAS SIM USUFRUTO, ASSIM, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM USUCAPIÃO ESPECIAL COMO MATÉRIA DE DEFESA.
> 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 0069861-58.2005.8.06.0001, Fortaleza, 21 de novembro de 2011.

O ônus da prova, tratando-se de matéria eminentemente fática, como no caso em tela, incumbe a quem a alega como constitutiva do seu direito, nos moldes do artigo 333, I do CPC.

Diante da ausência de provas nos autos comprobatórias da posse do imóvel, leva à conclusão de que os autores/apelantes não exerciam a posse anterior sobre o imóvel.Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, conheço da presente

Apelação, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a sentença vergastada.

Condeno os apelantes/promoventes no pagamento das custas e honorários, os quais arbitro em R$2.000,00 (dois mil reais), nos termos do artigo 20 do CPC, os quais são suspensos diante da gratuidade judiciária que fazem jus.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 08 de outubro de 2012.

PROCESSO Nº 0731043-69.2000.8.06.0001.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTES: JORGE TORRES VIEIRA DE AZEVEDO E MARIA LINA PIMENTEL DE AZEVEDO.
APELADO: PÃO DE AÇÚCAR COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO.
RELATOR: DES. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANO MORAL E MATERIAL. ROUBO DE VEÍCULO EM ESTACIONAMENTO DE SUPERMERCADO. PROVA DOCUMENTAL. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS. ANÚNCIO DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. DECISÃO IRRECORRIDA. CONFORMAÇÃO DAS PARTES. PRECLUSÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE AFASTADA. CONJUNTO PROBATÓRIO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAR A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA. PRINCÍPIOS DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO E DA LIBERDADE OBJETIVA NA DEMONSTRAÇÃO DOS FATOS. RECURSO DESPROVIDO.

1- A despeito de haverem as partes indicado testemunhas em juízo, demonstrando interesse pela produção da prova, aquelas se conformaram à decisão que, considerando suficiente a prova documental acostada, anunciou o julgamento antecipado da lide, de sorte a tornar preclusa a matéria, não havendo falar em nulidade da sentença por cerceamento de defesa. Precedentes.

2- Não há como prosperar a tese dos apelantes em face da falta de outros elementos de prova que a corroborem (canhoto de estacionamento, imagens das câmeras, recibo de compras, por exemplo), sendo impossível inferir do caderno processual que os recorrentes hajam sido lesados no interior do estacionamento do citado supermercado, restando inviabilizada a caracterização da responsabilidade civil objetiva em discussão nos autos.

3- Ao contrário do que sustentam os apelantes, o Juiz não está, excetuados os casos de direitos indisponíveis, obrigado a substituir-se às partes na produção das provas, cabendo-lhe julgar consoante sua íntima convicção motivada. A iniciativa probatória compete, em casos tais, a autor e réu. No nosso

sistema processual, coexistem e devem ser observados o princípio do livre convencimento motivado do juiz e o princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos a serem comprovados (arts. 131 e 332, CPC).
4- Apelo conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma e unanimidade de votos, em conhecer do recurso de apelação, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relator.

Fortaleza, 13 de Junho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por Jorge Tavares Vieira de Azevedo e Maria Lina Pimentel de Azevedo, contra a sentença (fls. 123-127) da Juíza da 4ª Vara Cível desta Comarca, na qual, em sede de ação de indenização por danos morais e materiais, julgou improcedente o pedido, em face da ausência de ilicitude na conduta do apelado e da falta de comprovação do nexo de causalidade entre o ato ilícito daquele e o prejuízo sofrido pelos recorrentes (fl. 127).

Em razões recursais (fls. 136-154), argumentam os suplicantes, em preliminar, (*a*) a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, tendo em vista que o Magistrado *a quo* determinou as provas necessárias à instrução do processo (fl. 80), nos termos do art. 130 do CPC, mas modificou o despacho de audiência de instrução e julgamento para o julgamento antecipado da lide (fl. 97), o que prejudicou os autores, porquanto não suficientemente comprovado o dano, sendo necessária a instrução processual.

No mérito, requerem a reforma da sentença, ao alegarem que: (*b*) os documentos comprovam que os apelantes sofreram o assalto no estacionamento da apelada, restando o dever desta de indenizar, respondendo o fornecedor de serviços objetivamente por culpa *in vigilando*, ante o fato da omissão no cuidado com a segurança das pessoas em seu estabelecimento e dos bens colocados sob sua guarda.

Intimado a contra-arrazoar (fl. 156), o recorrido fê-lo às fls. 165-171, sob a assertiva de que não há prova alguma além do boletim de ocorrência policial – documento unilateral – de que os recorrentes realmente estivessem no estacionamento do supermercado ou ali fazendo compras, de sorte que não há nexo de causalidade a corroborar a pretensão indenizatória.

Deixei de submeter o feito a parecer do agente ministerial, ante a ausência de interesse público na demanda (arts. 82, CPC e 53, VI, RITJCE).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, presentes os requisitos de admissão.

Passo à análise da preliminar nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Como visto, os recorrentes afirmam na inicial terem sido abordados, em 11.09.2002, por dois (2) criminosos armados no interior do estacionamento (subsolo) do supermercado Pão de Açúcar, os quais roubaram o veículo àqueles pertencente, inclusive os vários objetos e documentos do casal, tendo um dos suplicantes de ser conduzido ao hospital, em face abalo emocional por que passou, constatando-se que este teve uma crise hipertensiva devido ao estado de grave ansiedade.

Afirmam haver registrado a ocorrência no 2º Distrito Policial (fl. 34), e que no dia 17.09.2002 o veículo foi encontrado com avarias por policiais militares, abandonado no Centro de Fortaleza, conforme Auto de Apreensão de fl. 32.

Com a exordial trouxeram as seguintes cópias de documentos: (a) certificado de registro e licenciamento de veículo em nome de Jorge Torres Vieira de Azevedo (fl. 19); (b) nota fiscal de compra de aparelho celular no valor de R$ 599,00 (fl. 20); (c) declaração de atendimento médico (fl. 30); extrato de pagamento de taxa de 2ª via do DUT (fl. 31); auto de apreensão de veículo da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas (fl. 32); Boletim de ocorrência (fl. 34).

Ultrapassada sem êxito a fase conciliatória e intimados a especificar as provas a produzir (fl. 80), as partes em litígio apresentaram rol de testemunhas, o recorrido à fl. 82 e os recorrentes às fls. 90-91.

À fl. 97, tendo por suficiente a prova documental havida nos autos, o Julgador *a quo* tornou sem efeito o decisão de fl. 85 (depoimento pessoal das partes e ouvida de testemunhas), anunciando o julgamento do feito no estado em que se encontra.

Intimadas as partes, não houve agravo da mencionada decisão.

Em casos tais, disponível como é o direito em questão, há plena liberdade às partes para produzirem as provas indispensáveis ao convencimento motivado do Julgador; ao autor cumpre provar o fato constitutivo do seu direito (art. 333, I, CPC) e ao réu cabe o ônus da prova quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, CPC).

Mesmo nas lides em que tem aplicação o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), o ônus da prova não refoge ao disposto na lei processual civil, constituindo uma faculdade do juiz a inversão do ônus da prova em face da constatada hipossuficiência do consumidor. A inversão opera-se *ope judicis* e não *ope legis*.

Afinal, o Julgador tem iniciativa probatória quando presentes razões de ordem pública e igualitária, como, por exemplo, quando está diante de causa que tenha por objeto direito indisponível (ações de estado, por exemplo), o que não é o caso, ou

quando, em face das provas produzidas, se encontra em estado de perplexidade ou, ainda, quando há significativa desproporção econômica ou sócio-cultural entre as partes.

Assim, intimadas regularmente e mantendo-se conformadas as partes ao anúncio de julgamento antecipado pelo Magistrado *a quo*, resta preclusa a matéria, não havendo falar em nulidade do *decisum* por violação ao princípio da ampla defesa.

A propósito, eis a jurisprudência deste Tribunal, *in verbis*:

> APELAÇÃO CÍVEL - AGRAVO RETIDO - RECONSIDERAÇÃO DO JUÍZO *A QUO* - PERDA DO OBJETO - NÃO CONHECIMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONVERTIDA EM DEPÓSITO - **JULGAMENTO ANTECIPADO - PRODUÇÃO DE PROVAS - PRECLUSÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - INEXISTÊNCIA**.
> […]
> 2. **Como se vê à fl. 115, o juízo *a quo* anunciou o julgamento antecipado da lide sem qualquer insurgência das partes, embora regularmente intimadas. Dessa forma, ante à inércia do Apelante quanto à decisão acima noticiada, sem que houvesse a interposição do recurso de agravo - seja por instrumento, seja retido nos autos, sujeitou-se aos efeitos da preclusão temporal, não podendo renovar tal discussão em sede de apelação, nos termos dos artigos 245 e 473 do Código de Processo Civil**.
> […]
> (TJCE, Apelação 643869200180600000, Relatora Desa. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 2ª Câmara Cível, Data de registro: 01/12/2011).

> APELAÇÃO CÍVEL. **PERÍCIA TÉCNICA NÃO REALIZADA**. **ANÚNCIO DO JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE NÃO IMPUGNADO**. **PRECLUSÃO**. **CERCEAMENTO DE DEFESA AFASTADO**. […]
> 1. **Não tendo os Recorrentes impugnado o anúncio do julgamento antecipado no momento oportuno, não mais lhes é possível alegar, em sede de apelação, a nulidade do julgado por cerceamento de defesa, em face da ocorrência da preclusão**.
> […]
> (TJCE, Apelação cível 1344692200480600000, Relator RÔMULO MOREIRA DE DEUS, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data de registro: 06/06/2012).

Além do mais, não vejo em que a oitiva de testemunhas poderia elucidar a questão, uma vez que os suplicantes não relatam na inicial que o roubo tenha sido presenciado por terceiros, do mesmo modo que não há referência, repita-se, à instauração de inquérito policial, de modo que as testemunhas arroladas, se ouvidas, viessem de algum modo contribuir para sustentar a tese dos autores.

Refuto, pois, a suscitada preambular.

No mérito, os recorrentes asserem que os documentos coligidos comprovam o ilícito de roubo ocorrido no estacionamento do supermercado, restando

o dever desta de indenizar objetivamente por culpa *in vigilando*, ante a caracterizada omissão no cuidado com a segurança das pessoas em seu estabelecimento e dos bens colocados sob sua guarda, razão por que pleiteiam indenização por dano material (perda de pertences) no valor de R$ 1.140,00 (mil, cento e quarenta reais) e por dano moral no valor de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), em função do constrangimento, da humilhação e da amargura experimentada, além da debilidade de seu estado físico, mais custas processuais e honorários advocatícios.

Ora, restou devidamente comprovado nos fólios, mediante o auto de apreensão de veículo da Delegacia de Roubos e Furtos de Veículos e Cargas (**fl. 32**), que o carro do recorrente foi achado abandonado no Centro desta Cidade por policiais militares. Tanto no citado documento quanto no Boletim de Ocorrência há menção ao fato de o roubo haver sido praticado no "subsolo do supermercado Pão de Açúcar Náutico, localizado na Av. da Abolição, 2900, Bairro Meireles".

Os autos não noticiam a instauração de inquérito policial para apurar administrativamente o noticiado roubo de veículo.

No entanto, não vejo como prosperar a tese dos apelantes em face da falta de outros elementos de prova que a corroborem (canhoto de estacionamento, imagens das câmeras, recibo de compras, por exemplo), sendo impossível inferir do caderno processual que os recorrentes hajam sido lesados no interior do estacionamento do citado supermercado.

Ao contrário do que sustentam os apelantes, o Juiz não está, excetuados os casos de direitos indisponíveis, obrigado a substituir-se às partes na produção das provas, cabendo-lhe julgar consoante sua íntima convicção motivada. A iniciativa probatória compete, em casos tais, a autor e réu. No nosso sistema processual, coexistem e devem ser observados o *princípio do livre convencimento motivado do juiz* e o *princípio da liberdade objetiva na demonstração dos fatos* a serem comprovados (arts. 131 e 332, CPC).

Do exposto, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 13 de Junho de 2013.

PROCESSO: 0007913-96.2000.8.06.0064
APELANTE: CAUCAIA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE MÁRMORE GRANITOS E PREMOLDADOS LTDA
APELADO: MASSA FALIDA DO BANCO COMERCIAL - BANCESA S/A.
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINARES REJEITADAS. LIQUIDEZ DO TÍTULO. EMBARGOS IMPROCEDENTES. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO PORÉM NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. O Art. 130 do CPC, permite ao julgador determinar a produção das provas necessárias à instrução processual, ou de outro lado, indeferir as que repute inúteis para o caso que lhe é posto para julgamento. Conforma entendimento do STJ: "Não há falar em cerceamento de defesa quando as provas pretendidas são repelidas, com a devida fundamentação, considerando a existência de provas suficientes, incluída a escrita contábil da empresa e documento em que se constava a existência de dívida objeto da execução, presente o livre convencimento do Juiz, estando maduro o processo para julgamento" (Resp. 836.158/ES. Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, julgado em 07/12/2006).

2. Refuta-se a tese levantada pela recorrente no que refere à prescrição, posto que esta não resta admitida na execução civil por circunstâncias alheias à parte. "Suspensa a execução pela ação de cognição, que é a natureza jurídica dos embargos do executado, não se pode pretender que aquela – a execução suspensa – sofra os efeitos da prescrição intercorrente, pois a demora desta, em que o autor é o executado-embargante e o réu o exequente-embargado, ou resulta de inação do embargante, ou da prática de ato judicial". (Yussef Said Cahali)

In espécie, restam presentes todos os requisitos da exigibilidade do título executivo, referente ao contrato de abertura de crédito, sendo indiscutível que os embargos apresentados devem ser considerados improcedentes conforme entendimento do julgado a quo.

Negado provimento ao Apelo. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA SÉTIMA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER da Apelação Cível, para, contudo, negar-lhe provimento, mantendo os termos da sentença recorrida, que julgou pela improcedência dos embargos e declarou subsistente a penhora, condenando a embargante no pagamento das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do débito global, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 12 de setembro de 2011

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por Caucaia Comércio e Industria de Mármore Granitos e Premoldados Ltda, em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caucaia, em Ação de Embargos à Execução, que julgou improcedentes os embargos, declarando subsistente a penhora e condenando a embargante no pagamento das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do débito global corrigido monetariamente. O *decisum*, considerou que a embargante não logrou êxito em desconstituir o título executivo que lhe fora apresentado, ou seja, não conseguiu demonstrar que o mesmo não preenche os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade.

Em sede preliminar, sustentou a Embargante na exordial, a falta de documento indispensável ao desenvolvimento válido e regular do feito, qual seja, a indicação do liquidante que responde pelos interesses do exequente e ser o exequente carecedor de pessoa jurídica, e, consequentemente, carecedor da ação. No mérito, aduziu que em virtude de uma intervenção do Banco Central, sofrida pela instituição bancária exequente, a embargante ficou impossibilitada de realizar o pagamento das parcelas do contrato, informando que ao procurar a instituição para realizar referidos pagamento, recebia a informação de que todas as dívidas e créditos do Bancesa haviam sido suspensas ou extintas.

Em sede impugnatória, a embargada defende que a embargante não apresentara a justa causa para a frustração do pagamento. Afirmou que mesmo encontrando-se em processo de liquidação, o exequente jamais dispensou o pagamento dos seus créditos. Sustentou, ademais, que o embargante não especificou quais as cláusulas que considera abusivas, posto que apenas alega, de forma aleatória, sem nada provar ou demonstrar.

Inconformada com o *decisum*, a apelante sustenta o cerceamento de defesa, posto que não houve a observância da imperatividade da realização de provas no *decisum a quo*. Acrescenta que não se visualizou a prescrição do débito, posto que a dívida é do ano de 1993, tendo sido interposto embargo somente em 02 de fevereiro de 1999, com sentença em 21 de novembro de 2005. Ao final requer a modificação da sentença, quanto à condenação de se pagar corrigido os valores da execução acrescido de custas e honorários advocatícios na base de 10%.

Em sede de contrarrazões, sustenta a parte apelada que levanta o apelante matéria nova, não apreciada nem discutida no juízo *a quo*, referente à prescrição. Do mesmo modo, acrescenta que não é admitida a prescrição intercorrente na execução civil, por circunstâncias alheias à parte, sendo a propositura da ação executiva fato ensejador da interrupção da prescrição. No que tange ao alegado cerceamento de defesa, afirma o apelado que, *in casu*, a lide prescinde de provas. Quanto à ausência de representação judicial, sustenta o apelado a juntada do termo de compromisso do síndico e o instrumento procuratório em nome do procurador judicial. Ao final, aduz que encontra-se acertada a decisão singular no sentido de impor honorários advocatícios. Pugna pela manutenção do *decisum a quo*.

A Douta PGJ, às fls. 93/99, opina pelo conhecimento do recurso, uma vez que presentes os requisitos de admissibilidade, porém entende no sentido de que lhe seja negado provimento, mantendo-se inalterada a sentença recorrida.

Este é o relatório.

Ao douto revisor.

VOTO

PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Ressalte-se, inicialmente, que antes de adentrar ao mérito, cumpre-me em juízo de prelibação, verificar se foram preenchidos, no caso telado, os pressupostos de admissibilidade.

A tempestividade do recurso de apelação está presente, uma vez que a juntada dos AR.s fora realizada em 28/11/2007, conforme certidão à fl.64,verso dos autos. Tendo em vista o prazo recursal da apelante, esta apresentou tempestivamente a presente apelação, conforme certidão às fls. 61, dos autos.

Quanto ao recolhimento do preparo do recurso, conforme determina o art. 511, do Código de Processo Civil, merece destaque o comprovante de pagamento à fl. 64 dos autos.

Há interesse recursal visto que este recurso é o meio necessário para a obtenção da pretensão recursal e a recorrente está em busca de uma situação mais favorável que a decorrente da decisão recorrida.

VOTO- PRELIMINARES

O debate do presente caso cinge-se à discussão quanto à nulidade do Título Executivo Extrajudicial fornecido para embasar a execução fiscal.

In casu, verifica-se que a sentença *a quo*, julgou pela improcedência dos embargos, declarando subsistente a penhora, considerando que a embargante não logrou êxito em desconstituir o título executivo que lhe fora apresentado, não demonstrando que o mesmo não preenche os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade.

Merece transcrição referido *decisum*, *in verbis:*

> "(...)Não há que se falar em ilegitimidade ativa, e da mesma forma, não há motivo legal para que se passe a exequente a ser carecedora de ação, já que o processo de liquidação extrajudicial em momento algum tem como um de seus efeitos a extinção de seus créditos, podendo assim esses serem cobrados por quem de direito, no caso a própria instituição, sob a gerência do liquidante, exatamente como a do caso em questão. Vê-se que em momento algum a embargante negou a dívida, ao contrário, reconhece o débito, insurgindo-se tão somente em relação ao *quantum*, sob a justificativa de que com a mudança da moeda, também devem ser procedidas alterações nas cláusulas contratuais. No entanto, o embargante não especificou quais as cláusulas que devem ser alteradas, apenas fazendo uma menção genérica. (...) as justificativas apresentadas pela embargante para o não pagamento do débito não têm como prosperar, vez que o fato da instituição financeira ter fechado, não significa que dispensou os seus créditos; e ainda, improcede a alegativa da embargante que também não pagou porque não sabia a quem pagar e onde, pois em caso de dúvida quanto ao pagamento, é do conhecimento de todos o nosso ordenamento jurídico dispõe de mecanismos para que se procedam esses tipos de pagamentos.
>
> Ademais, deve-se destacar que estamos diante de uma ação executiva, não podendo se desviar de suas características próprias, ou seja, estando presentes os requisitos do título executivo, quais sejam, certeza, liquidez e exigibilidade, não se pode negar sua força executiva. E quanto a esses requisitos não houve qualquer insurgência por parte da embargante.
>
> Desta feita, há de se considerar que a embargante não logrou êxito em desconstituir o título executivo que lhe fora apresentado, ou seja, não conseguiu demonstrar que o mesmo não preenche os requisitos da certeza, liquidez e exigibilidade (...)".

Inconformado com o *decisum a quo*, busca o recorrente o provimento da apelação com o da prescrição da ação e do cerceamento de defesa, modificando-se a sentença para que sejam julgados procedentes os referidos embargos.

No que tange ao cerceamento de defesa alegado, termos do art. 330, I, do CPC, é possível o julgamento antecipado da lide, quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de

produzir prova em audiência. O art. 130 do aludido diploma legal, por sua vez, permite ao julgador determinar a produção das provas necessárias à instrução processual, ou, de outro lado, indeferir as que repute inúteis para o caso que lhe é posto para julgamento.

Percebe-se nitidamente que o juiz pode, não obstante uma das partes pugnar pela produção de determinada prova, julgar antecipadamente o feito, se entender pela inconveniência do requerimento deduzido em juízo.

No sentido da ausência de cerceamento de defesa, quando o juiz expõe os motivos do julgamento antecipado da lide, assim tem-se manifestado o Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> "EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - PROVA PERICIAL - LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO - INDEFERIMENTO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.
> 1. É inadmissível Recurso Especial quanto a questão que, a despeito da oposição de Embargos Declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal de origem. Incidência da Súmula 211/STJ.
> 2. Consoante o entendimento jurisprudencial sedimentado desta Corte Superior "a análise da plausibilidade da prova requerida é questão afeta ao livre convencimento motivado do magistrado, não configurando nulidade ou cerceamento de defesa o indeferimento e provas reputadas imprestáveis ao deslinde da controvérsia". (AgRg no Ag 1044254/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 17.2.2009, DJe 9.3.2009).
> 3. Não configurada a divergência suscitada. O recorrente não realizou o necessário cotejo analítico, bem como não apresentou, adequadamente, o dissídio jurisprudencial. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1126480/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2009, DJe 25/11/2009)
>
> EMENTA: EXECUÇÃO. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA DE FERRO GUSA. ADIANTAMENTO. GARANTIA HIPOTECÁRIA. TÍTULO EXECUTIVO. PROVA EMPRESTADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. MULTA DO ART. 535, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. PRECEDENTES DA CORTE.
> (..) 3. Não há falar em cerceamento de defesa quando as provas pretendidas são repelidas, com a devida fundamentação, considerando a existência de provas suficientes, incluída a escrita contábil da empresa e documento em que se constata a existência da dívida objeto da execução, presente o livre convencimento do Juiz, estando maduro o processo para julgamento.
> 4. Não é pertinente acolher a impugnação da verba honorária quando a fixação foi baseada em ampla análise das circunstâncias de fato sobre a atuação do advogado e estabelecida dentro dos parâmetros legais permitidos, considerando a disciplina do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil.
> 5. Não são protelatórios os embargos de declaração quando surge necessidade de esclarecimento, objetivamente apontado, e que levou o

> Tribunal local a explicitar o tema, embora tenha rejeitado os embargos.
> 6. Recurso especial conhecido e provido, em parte.
> (REsp 836.158/ES, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/12/2006, DJ 20/08/2007, p. 274)

> EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO POR TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. LEGITIMIDADE DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA ESTIPULANTE PARA ATUAR NO PÓLO PASSIVO DA DEMANDA. IMPUGNAÇÃO DO VALOR DA CAUSA COMO PRELIMINAR DA CONTESTAÇÃO. DESOBEDIÊNCIA AO RITO DELINEADO NO ART. 261 DO CPC. NÃO CONHECIMENTO. TESE DE CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE DAS PROVAS SUSCITADAS PELAS RECORRENTES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DAS SEGURADORAS DE INDENIZAR O BENEFICIÁRIO DO SEGURO DE VIDA EM RAZÃO DA MORTE DO SEGURADO. DOENÇA PREEXISTENTE. INEXISTÊNCIA DE EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE MÁ-FÉ DO SEGURADO. AUSÊNCIA DE EXAMES PRÉVIOS. INAPLICABILIDADE DOS EFEITOS DA REVELIA NAS HIPÓTESES DE AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. JUROS MORATÓRIOS. RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. INCIDÊNCIA DESDE A CITAÇÃO. CPC, ART. 219. TAXA DE 0,5% AO MÊS ATÉ 10.01.2003, E A PARTIR DESSA DATA, À BASE DE 1% AO MÊS. INTELIGÊNCIA DO ART. 406 DO CC/02 E DO ART. 1062 DO CC/16. CORREÇÃO MONETÁRIA INCIDENTE DESDE A CONTRATAÇÃO DO SEGURO. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. O grupo econômico é definido como o conjunto de sociedades empresárias que, ainda quando juridicamente independentes entre si, estão interligadas, seja por relações contratuais, seja pelo capital ou pela propriedade, pertencentes a indivíduos ou instituições que exercem o controle efetivo sobre esse conjunto de empresas.(...) 4. Não configura cerceamento de defesa o indeferimento de provas desnecessárias para o deslinde da lide, mormente quando as próprias recorrentes acostam aos autos documentos que demonstram o direito do autor da ação. (TJCE. Apelação Cível nº 2005.0012.7732-6/1. Des. Relator: Raul Araújo Filho. Julgado em: 13 de outubro de 2008.)

Aduz, ademais, na Apelação, que o processo se encontra sem representação perante a Justiça, devendo o feito ser extinto por ilegitimidade da parte. Não merece amparo referida sustentação, posto que às fls. 82 e 51 dos autos vislumbram-se as referidas procurações com menções ao síndico e ao procurador judicial da parte apelada.

VOTO- MÉRITO

Antes de iniciar o exame do mérito, compete-me analisar questão prejudicial

suscitada em sede de Apelação, referente à ocorrência de PRESCRIÇÃO.

Cabe esclarecer, conforme lição de Yussef Said Cahalique:

> "Inocorre a prescrição intercorrente se não lhe deu causa o autor, mas o réu que dela se beneficia. Não se verifica, assim, pelo simples decurso do prazo, sendo preciso que tenha havido negligência da parte do interessado no andamento do feito. Suspensa a execução pela ação de cognição, que é a natureza jurídica dos embargos do executado, não se pode pretender que aquela - a execução suspensa - sofra os efeitos da prescrição intercorrente, pois a demora desta, em que o autor é o executado-embargante e o réu o exeqüente-embargado, ou resulta de inação do embargante, ou da prática de ato judicial".

Esta Corte de Justiça, no que tange ao julgamento desta matéria prejudicial, já entendeu de forma similar, *in verbis*:

> "EMENTA: CIVIL E PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ESCRITURA PÚBLICA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA. NOTAS PROMISSÓRIAS A ELA VINCULADAS. COISA JULGADA. PRELIMINAR AFASTADA. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. NÃO OCORRÊNCIA. LIQUIDEZ DO TÍTULO. EMBARGOS IMPROCEDENTES.
> 1. O julgamento na sentença pela procedência dos embargos não contrariou a decisão, em juízo prévio de admissibilidade, considerando a Escritura Pública de Confissão de Dívida título apto a embasar o processo executivo.
> 2. Não há que se falar em prescrição intercorrente se a demora no julgamento do processo de execução não pode ser atribuída à exequente, a qual não deixou de se manifestar no decorrer do referido processo e dos embargos contra ele apresentados.
> 3. A Escritura Pública de Confissão de Dívida constitui título executivo suficiente para aparelhar a execução, não lhe retirando a liquidez, e em consequência a executividade, a não apresentação das notas promissórias a ela vinculadas, mormente estando estas prescritas. Precedentes do STJ.
> 4. O pagamento de uma parcela do título não lhe retira a força executiva. Acertamento do valor devido por simples dedução."
> (TJCE.PROCESSO Nº: 574215-45.2000.8.06.0001/1. Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 3ª Câmara Cível Data de registro: 17/12/2010)

Acertadamente, opinou a Douta PGJ em parecer elucidativo, informando no que refere à Prescrição alegada, o que se segue, *in verbis*:

> "O embargante/apelante alega, também, a prescrição da dívida, que data do ano de 1993, embargada em fevereiro de 1999, com sentença proferida em novembro de 2005, portanto, há mais de 5 anos da propositura dos Embargos.
> Acontece que o lapso temporal entre a propositura dos Embargos e a decisão

> do magistrado não é causa de prescrição. Dos autos se extrai que o banco embargado não ficou inerte durante a tramitação do processo, ou seja, não deixou de tomar providências no feito, como quer convencer o embargante, conforme ocorre na prescrição intercorrente".

In casu, refuta-se a tese de prescrição levantada pelo recorrente devendo ser acolhida a sustentação em sede de contrarrazões, onde se acrescenta que não é admitida a prescrição intercorrente na execução civil por circunstâncias alheias à parte, sendo a propositura da ação executiva fato ensejador da interrupção da prescrição.

Na espécie considerando que não houve o cerceamento de defesa alegado em sede de apelação, vislumbra-se, de forma indubitável que não logrou êxito, a recorrente, em desconstituir o título executivo apresentado. Merece confirmação o *decisum a quo*, posto que documento particular que esteja assinado pelo devedor e por duas testemunhas ostenta a condição de título executivo, desde que a obrigação nele representada seja certa, líquida e exigível. (Cf. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo J. C. da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. Curso de direito processual civil. Vol. 5, Salvador: Juspodivm, 2009, p. 176).

O título é certo quando não há controvérsia quanto à existência do crédito e da relação jurídica entre as partes. É considerado líquido quando expressamente determinado o valor do débito ou quando o título possuir todos os elementos que permitam sua avaliação por simples cálculos aritméticos. E é exigível quando o pagamento independe de qualquer termo ou condição, ou seja, quando a dívida já se encontra vencida.

Vislumbra-se na espécie, que restam presentes todos os requisitos da exigibilidade do título, referente ao contrato de abertura de crédito diretamente com o BANCESA, ora apelado, sendo indiscutível que os Embargos, apresentados pela empresa apelante, devem ser considerados improcedentes, como bem descreveu e julgou a sentença recorrida.

Ademais, impossível modificar-se a sentença no que tange à condenação em custas e honorários advocatícios, em virtude da consequência lógica da sucumbência, com a condenação da parte vencida, verificando-se a improcedência dos embargos apresentados.

Ante o exposto, conheço da Apelação Cível para negar-lhe provimento, mantendo *in totum* a sentença que julgou pela improcedência dos embargos e declarou subsistente a penhora, condenando a embargante no pagamento das custas judiciais, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% (dez por cento) do débito global.

É como voto.

Fortaleza, 12 de setembro de 2011

PROCESSO N° 823-45.2005.8.06.0134/1
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: FIRMINO FAUSTINO DE OLIVEIRA E OUTROS
APELADOS: ANTONIO WERDSON MEDEIROS COUTINHO E OUTROS
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. INTEMPESTIVADE DO APELO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INOCORRÊNCIA ANTE O RECONHECIMENTO DE OFÍCIO PELA INSTÂNCIA REVISORA DA EXTEMPORANEIDADE DOS ACLARATÓRIOS. NULIDADE DA DECISÃO QUE OS PROVEU. APELO MANEJADO DENTRO DO PRAZO LEGAL (ART. 508 DO CPC). REQUISITOS NECESSÁRIOS À CONCESSÃO DA TUTELA POSSESSÓRIA NÃO DEMONSTRADOS. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. Apelação aviada antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte apelada, os quais foram, *ex officio*, declarados extemporâneos por esta instância revisora, haja vista tratar-se de matéria de ordem pública, com o consequente reconhecimento da nulidade da decisão de primeiro grau que os acolheu.

2. Intempestivos os aclaratórios, o termo inicial para a interposição do apelo é a publicação da sentença. Consta dos autos certidão atestando a intimação do advogado dos apelantes acerca desse pronunciamento judicial. Lapso temporal entre tal ato e o recebimento pela Secretaria de Vara das razões recursais inferior a quinze dias. Tempestividade satisfeita, a teor do art. 508 do CPC.

3. Não restaram demonstrados os requisitos autorizadores da concessão da tutela possessória previstos no art. 927 do CPC. Ônus probatório que incumbe à parte autora, que dele não se desincumbiu a contento. Incidência do art. 333, I, do CPC. Improcedência da pretensão.

4. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer da apelação para lhe dar provimento e, em consequência, reformar a sentença, julgando improcedente a pretensão, em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 29 de outubro de 2012.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta por Firmino Faustino de Oliveira, Francisco Soares Mônica, Antonia Lopes Soares e Marlene Lopes Shigena em desfavor de Antonio Werdson Medeiros Portela, Weyne Machado Medeiros e Benedita Alves Coutinho, impugnando sentença proferida pelo Juízo de Direito da Comarca de Novo Oriente (fls. 228-231), integrada pela decisão que proveu os embargos de declaração aviados por estes últimos (fls. 252-253).

O pronunciamento judicial adversado acolheu parcialmente a pretensão formulada pelos recorridos nos autos da demanda possessória promovida contra os recorrentes (processo n° 823-45.2005.8.06.0134/0), tendo determinado a reintegração dos primeiros na posse da faixa de terra esbulhada correspondente a 54,4184 ha, impondo-lhes a obrigação de pagar a quantia de R$10.300,00 (dez mil e trezentos reais) aos herdeiros do insurgente Raimundo Lopes da Silva, como única indenização devida em decorrência das benfeitorias descritas nos itens 8, 9 e 10 da inspeção de fls. 247-249.

Em suas razões recursais (fls. 242-245), os apelantes sustentaram ser possuidores da área dita esbulhada de 54,4184 ha, consoante a prova documental acostada às fls. 26-34. Aduziram também que os depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pelos apelados contrariaram os fatos alegados na inicial, por terem comprovado que os insurgentes jamais saíram da posse do bem de raiz, enquanto suas testemunhas foram uníssonas em afirmar que os recorrentes passaram suas vidas inteiras no imóvel litigioso, tendo construído casas e semeado diversas culturas.

Asseveraram que a decisão impugnada baseou-se em laudo pericial contraditório e mal elaborado, que avaliou benfeitorias atribuídas ao sr. Francisco Soares de Andrade, as quais vieram a ser consideradas na sentença; entretanto, referida pessoa sequer faz parte do polo passivo da ação e seu imóvel não compõe o objeto da demanda.

Pontificaram, ainda, ser o decisório recorrido contraditório, pois embora tenha reconhecido que ambas as partes possuem títulos atestando a propriedade do terreno em litígio, contudo julgou parcialmente procedente o pedido em detrimento dos apelantes.

Arguiram a intempestividade dos aclaratórios opostos pelos recorridos, porquanto estes tomaram ciência da sentença no dia 10/05/2007, tendo, no entanto, protocolado o recurso somente na data de 22/05/2007.

Por derradeiro, postularam o conhecimento e provimento da apelação, a fim de que seja modificado o *decisum* de primeira instância no tocante à área tida por esbulhada, por pertencer aos insurgentes.

À fl. 255, houve a ratificação do apelo.

À fl. 368, o juízo *a quo* recebeu o recurso apenas no efeito devolutivo, tendo determinado a intimação dos recorridos para responder.

Contrarrazões às fls. 372-373, nas quais os apelados argumentaram ser intempestiva a apelação, uma vez que fora interposta antes do julgamento dos embargos de declaração. Asseriram que embora os insurgentes tenham sido intimados para

manifestar se tinham interesse na continuidade do pleito recursal, quedaram-se inertes. No mais, requereram a manutenção da sentença.

É o relatório.

VOTO

Em preliminar deduzida em contrarrazões, os recorridos apontaram a extemporaneidade da apelação, por não haver sido ratificada após o julgamento dos embargos declaratórios anteriormente opostos.

Examinando-se os autos, verifica-se que a sentença foi proferida em 07 de maio de 2007 (fls. 228-231) e o seu registro foi operado no dia 10 de maio de 2007 (fl. 232 v), tendo o sr. Diretor de Secretaria certificado, nessa última data, haver expedido ofícios aos patronos dos litigantes (fl. 232 v).

Em sequência houve a oposição de embargos de declaração pelos ora apelados (fls. 233-236), protocolados em 22/05/2007, às 12h00 (fl. 233 v).

Entrementes verifica-se inexistir nos autos juntada de aviso de recebimento, de mandado de intimação ou de cópia do Diário da Justiça, ou, ainda, de certidão lavrada pela Secretaria do Juízo que comprove a intimação dos embargantes, aqui recorridos, acerca da sentença, de modo a assinalar, com segurança, os termos inicial e final do prazo recursal, consoante os arts. 184, 236, 240, 242, 506 e 508 do Código de Processo Civil[1].

Veja-se que no verso da fl. 232, logo abaixo da certidão exarada pelo sr. Diretor de Secretaria no dia 10/05/2007, atestando terem sido expedidos ofícios aos procuradores judiciais das partes, foram escritas as palavra "ciente em" seguidas de

1 CPC, Art. 184. Salvo disposição em contrário, computar-se-ão os prazos, excluindo o dia do começo e incluindo o do vencimento.
§1º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil se o vencimento cair em feriado ou em dia em que:
I – for determinado o fechamento do fórum;
II – o expediente forense for encerrado antes da hora normal.
§2º Os prazos somente começam a correr do primeiro dia útil após a intimação (artigo 240 e parágrafo único).
CPC, Art. 236. No Distrito Federal e nas Capitais dos Estados e dos Territórios, consideram-se feitas as intimações pela só publicação dos atos no órgão oficial.
§1º É indispensável, sob pena de nulidade, que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, suficientes para sua identificação.
§2º A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.
CPC, Art. 240. Salvo disposição em contrário, os prazos para as partes, para a Fazenda Pública e para o Ministério Público contar-se-ão da intimação.
Parágrafo único. As intimações consideram-se realizadas no primeiro dia útil seguinte, se tiverem ocorrido em dia em que não tenha havido expediente forense.
CPC, Art. 242. O prazo para a interposição de recurso conta-se da data, em que os advogados são intimados da decisão, da sentença ou do acórdão.
§1º Reputam-se intimados na audiência, quando nesta é publicada a decisão ou a sentença.
§2º Havendo antecipação da audiência, o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, mandará intimar pessoalmente os advogados para ciência da nova designação.

uma rubrica e da data de 10/05/2007, sem que se possa identificar quem as lançou. Por conseguinte, tal ocorrência não possui valia como registro do ato da intimação de quem quer que seja, não constituindo marco para a contagem de prazo algum. E ainda que assim não fosse, o interregno entre 10/05/2007 a 22/05/2007 ultrapassa em muito o prazo estipulado para o manejo dos aclaratórios, que é de cinco dias, conforme o disposto no art. 536 do Código de Processo Civil.

Constata-se à fl. 249 v certidão lavrada pelo sr. Diretor de Secretaria no dia 24/07/2007, dando conta da oposição de embargos de declaração pela parte autora, ora apelada. Referido ato, todavia, omite quando se deu a intimação dos embargantes acerca da sentença, fato que daria início à contagem do prazo recursal. Dessarte, em razão de tal falha, restam ignorados tanto o *dies a quo* como o *dies ad quem* para a interposição dos aclaratórios. Aludida certidão, portanto, não se presta à averiguação da tempestividade recursal.

Contudo, é cediço ser ônus da parte recorrente a prova da tempestividade, como requisito de admissão do seu recurso, não competindo ao juízo de revisão, *in casu*, deduzir ilações acerca da fluência daquele interstício.

Sobre o tema, a compreensão dos Tribunais Superiores. Confira-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. APRESENTAÇÃO TARDIA DE DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DA TEMPESTIVIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRESENTAÇÃO POSTERIORMENTE À INTERPOSIÇÃO DO AGRAVO DE INSTRUMENTO.
> 1. Incumbe ao recorrente, no momento da interposição do recurso, o ônus da apresentação de elementos suficientes, incontestáveis, que demonstrem sua tempestividade, sendo impossível fazê-lo quando os autos já se encontrarem neste Tribunal. Precedentes.
> 2. Permanecem incólumes a jurisprudência desta Corte e o preceito disposto no artigo 115 do RISTF. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (STF, AI 783642 AgR/SP, Rel. Ministro Eros Grau, , 2ª Turma, j. em 20/04/2010, Dje-086, divulg. em 13/05/2010, public. em 14/05/2010, ement. vol. 02401-13. p. 02777).

> AGRAVO REGIMENTAL - DECISÃO QUE NEGA SEGUIMENTO A AGRAVO DE INSTRUMENTO - VERIFICAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS PELO JUÍZO *AD QUEM* - INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONTROLE INSUSCETÍVEL DE PRECLUSÃO - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - RECURSO IMPROVIDO. Os recursos, ordinários e extraordinários, estão sujeitos a juízo de admissibilidade que tem por objeto de incidência os pressupostos recursais de caráter objetivo e de natureza subjetiva. Ausentes tais requisitos, torna-se, o recurso, insuscetível de ser conhecido. A tempestividade dos recursos constitui um de seus pressupostos genéricos de ordem objetiva e impõe ao órgão judiciário *ad quem* o exercício, em caráter inderrogável, do poder de controle sobre a sua admissibilidade. O desatendimento a essa condição genérica, comum a todas as formas de impugnação recursal, inviabiliza, por completo, a possibilidade de reexame do ato judicial recorrido. Os pressupostos recursais, notadamente aquele concernente ao

> requisito da tempestividade, traduzem matéria de ordem pública, razão pela qual mostra-se insuscetível de preclusão o exame de sua ocorrência pelo Tribunal *ad quem*, ainda que tenha sido provisoriamente admitido o recurso pelo juízo *a quo*.
> (STF, AgRg no AI nº 128990/SP, Rel. Ministro Celso de Mello, DJU 14/09/1990, p. 9425).
>
> A tempestividade é requisito extrínseco de admissibilidade do recurso de apelação e constitui matéria de ordem pública, cognoscível de oficio a qualquer tempo e grau de jurisdição. (STJ, REsp 1.027.582/CE, 2ª Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJE 11/03/2009)
>
> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - APELAÇÃO CÍVEL - AUSÊNCIA DE DATA NA CERTIDÃO QUE ATESTA A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA - VERIFICAÇÃO DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DO RECORRENTE - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE - RECURSO IMPROVIDO.
> (STJ, AgRg no REsp 866.583/RS, Rel. Ministro Massami Uyeda, 3ª Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 23/11/2009)

Nessa mesma esteira, o entendimento desta Corte de Justiça. Veja-se:

> PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO NÃO CONHECIDO.
> 1. A comprovação de pressupostos de admissibilidade recursal deve ser efetuada por ocasião da interposição da medida judicial, não competindo ao juízo de revisão, *in casu*, deduzir quaisquer impedimentos quanto ao início do prazo em tela. Precedentes do STJ e STF.
> 2. Apelo não conhecido.
> (TJCE, Apelação cível n° 3964376200780600011, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Data de registro: 14/07/2011)

Assim, muito embora tenham sido processados e providos pelo juízo de primeiro grau, os embargos declaratórios manejados pela parte aqui apelada são extemporâneos e, consequentemente, não interromperam o prazo para a interposição de outros recursos por qualquer das partes, *ex vi* do art. 538, *caput,* do Código de Processo Civil.

A propósito, colho julgado do c. Superior Tribunal de Justiça:

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS INTEMPESTIVOS. AUSÊNCIA DE SUSPENSÃO OU INTERRUPÇÃO DO PRAZO RECURSAL. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO. NÃO CONHECIDO.
> I. É intempestivo o agravo regimental interposto após o decurso do prazo do art. 258 do RISTJ.

> II. Os embargos declaratórios intempestivos não têm o condão de suspender ou interromper o prazo para outros recursos, consoante pacificada jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes.
> III. Agravo regimental não conhecido.
> (STJ, AgRg nos Edcl no REsp 1198031/SE, 4ª Turma, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, j. em 12/04/2011, DJe 15/04/2011)

Acrescente-se, outrossim, não haver óbice ao reconhecimento, em segundo grau, da extemporaneidade dos aclaratórios. Conforme o elucidativo magistério de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery [2]:

> A matéria relativamente à admissibilidade dos recursos é de ordem pública, de modo que deve ser examinada *ex officio* pelo juiz, independentemente de requerimento da parte ou interessado, não se sujeitando à preclusão. Ainda que o recorrido não haja levantado a preliminar de não conhecimento do recurso, o tribunal pode e deve examinar a questão de ofício. Mesmo que o juiz tenha recebido o recurso e determinado seu processamento, se posteriormente verificar ser inadmissível, poderá revogar sua decisão anterior e indeferir o recurso (CPC 518 § 2.º).

E uma vez declarada a intempestividade dos embargos de declaração, reputa-se nula a decisão que lhes dera provimento (fls. 252-253).

Destaque-se que por serem tardios os aclaratórios, o termo inicial para a interposição do apelo é a publicação da sentença.

No que tange à apelação aviada por Firmino Faustino de Oliveira, Francisco Soares Mônica, Antonia Lopes Soares e Marlene Lopes Shigena (fls. 241-245) – cujas razões foram apresentadas no dia 25/06/2007, às 17h00, conforme carimbo aposto no verso da fl. 241, e posteriormente ratificadas à fl. 255 – mostra-se tempestiva.

Explico.

A prolação do decisório combatido data de 07/05/2007 (fls. 228-231), sendo que, em 10/05/2007, o sr. Diretor de Secretaria certificou haver expedido ofícios aos procuradores judiciais dos contendores (fl. 232 v). Todavia não consta dos fólios juntada de aviso de recebimento, de mandado de intimação ou de cópia do Diário da Justiça que demonstre a intimação dos recorrentes.

Observa-se, contudo, que à fl. 238 v o sr. Diretor de Secretaria certificou haver intimado o advogado dos insurgentes, Francisco Everardo Carvalhedo Sales, no dia 20/06/2007. Refere-se tal ato ao despacho proferido à fl. 238, em que consta parágrafo alusivo à "sentença proferida às fls. 228/231 do caderno processual". Inequivocamente, pois, a parte apelante foi cientificada nessa data a respeito do pronunciamento judicial que resolveu a lide em primeira instância, tendo interposto seu apelo no dia 25/06/2007;

2 NERY JUNIOR, NELSON. NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 810-811.

por conseguinte, dentro do prazo quinzenal previsto no art. 508 do Código de Processo Civil.

Comprovada, portanto, a tempestividade da apelação e satisfeitos os demais requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, dela conheço.

Inicialmente cumpre esclarecer que a controvérsia cinge-se ao *jus possessionis*, haja vista que os contendores afirmam o exercício de posse sobre o imóvel em litígio, não cabendo, por conseguinte, a discussão a respeito da propriedade, porquanto *"a proteção possessória independe da argüição de domínio, salvo se ambos os litigantes disputam a posse com base na alegação de propriedade ou quando há dúvidas quanto a posse, o que não ocorre no caso vertente, em que não se vislumbra a litigância do desfrute possessório a título de domínio e exclusivamente a este título."* (STJ, AgRg no Ag 534868/CE, 4ª Turma, Rel. Min. HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, DJ 27/08/2007 p. 257).

O art. 927 do Código de Processo Civil prescreve caber ao autor da ação possessória comprovar: *i*) a sua posse; *ii*) a turbação ou o esbulho praticado pelo réu; *iii*) a data da turbação ou do esbulho; e, *iv*) a continuação da posse, embora turbada, na ação de manutenção; a perda da posse, na ação de reintegração.

Convém, neste momento, relembrar os conceitos de posse e esbulho e, para tanto, sirvo-me dos ensinamentos do civilista Sílvio de Salvo Venosa, para quem, mais do que relação de fato entre a pessoa e a coisa, *"a posse trata de estado de aparência juridicamente relevante, ou seja, estado de fato protegido pelo direito."* [3] Enquanto o esbulho ocorre *"quando o possuidor fica injustamente privado da posse."* [4]

Analisando-se o acervo probatório, precisamente o laudo pericial de fls. 116-131, sobressai que as faixas de terra ocupadas por Firmino Faustino de Oliveira e Raimundo Lopes da Silva – já falecido, substituído por suas filhas Antonia Lopes Soares e Marlene Lopes Shigena – correspondem a, respectivamente, 5,4873 ha e 55,3159 ha, totalizando 60,8032 ha; área diversa dos 100 ha afirmados na petição inicial (fls. 02-04), bem como do somatório consignado na sentença, qual seja, 73,8246 ha, que computou o terreno medindo 13,0214 ha, de posse ou propriedade de Francisco Soares de Andrade. Ocorre que este último não é parte ativa ou passiva da relação processual sob exame, sendo equivocado o acréscimo de seu imóvel à área em disputa, pelo que deve ser excluído da contenda, sob pena de incorrer em julgamento *ultra petita*.

Houve também a produção de prova documental, notadamente as escrituras acostadas às fls. 26-28 v e às fls. 31-32 v, as quais registram a aquisição de imóveis situados no lugar "Cavaco", no Município de Novo Oriente, neste Estado, pelo sr. Raimundo Lopes da Silva (apelante) com 54,6 ha e 30 ha, respectivamente; bem como a certidão de fls. 169 e 169 v, que consigna a aquisição de uma parte de terra

3 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 42.

4 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direitos reais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 141.

na localidade "Cavaco", também situada no referido município, pelo sr. Wilson Vieira Coutinho, apelado, já falecido, substituído pelos herdeiros testamentários Antonio Werdson Medeiros Portela e Weyne Machado Medeiros.

Tais documentos demonstram o domínio; contudo não comprovam o exercício da posse sobre os bens de raiz a que aludem.

Observa-se, ainda, que na fase instrutória os recorridos pediram a dispensa da oitiva de novos depoentes, "uma vez que as testemunhas ouvidas na fase inicial de investigação prévia já disseram o que tinham a declarar sobre a questão, sendo dispensados novos depoimentos, na parte que envolvem o mérito da questão, ratificando o que disseram em seus depoimentos por ocasião da justificação prévia lançados às fls. 20/22, o que foi deferido pelo MM. Juiz" (fl. 185).

Cumpre elucidar que a audiência de justificação prévia em que foram colhidos os depoimentos das testemunhas indicadas pela parte autora (fls. 19-22 v), ora recorrida, "tem a única finalidade de dar elementos de cognição ao juiz, absolutamente sumários, a fim de que examine a possibilidade de conceder ou não a liminar". [5]

Adverte o processualista Antonio Carlos Marcato a esse respeito que "não se cuida de audiência de instrução e julgamento, mas de ato processual destinado a permitir, ao requerente da liminar, a possibilidade de comprovar por meio de testemunhas o que não pôde demonstrar documentalmente". [6]

Saliente-se que os testemunhos prestados por ocasião da justificação prévia não foram suficientes para convencer o julgador de primeiro grau a deferir liminarmente a reintegração de posse (fl. 44). E tal se deu pela incerteza que as declarações causam, pois ora é reconhecida a posse das terras pelos recorridos, ora é afirmado que uma parte do imóvel pertencia à mãe do apelante Raimundo Lopes da Silva, que a vendeu para o recorrido Wilson Vieira Coutinho, tendo a alienante ido morar na cidade de Novo Oriente, porém a testemunha não soube precisar o ano em que ocorreu essa alienação (depoimento prestado por Egídio Gomes de Araújo – fls. 20 e 20 v). Da mesma forma, a testemunha Raimundo Lopes Silva Neto não soube informar em que ano a genitora do insurgente Raimundo Lopes da Silva deixou de morar no terreno litigioso, tendo, no entanto, asseverado que a casa onde mora o recorrente Firmino Faustino de Oliveira tem mais de dezoito anos (fls. 21 e 21 v). Por sua vez, a testemunha José Edmilson Virgílio Cavalcante declarou não saber há quantos anos o sr. Firmino Faustino de Oliveira mora na área, mas tem ciência de que a casa é dele e ele a fez (fls. 22 e 22 v).

Dessarte, tem-se que os apelados desperdiçaram a oportunidade de aprofundar a prova oral.

Ainda durante a instrução, foram inquiridas três testemunhas arroladas pelos insurgentes, quais sejam, Odimar Soares de Andrade (fls. 191-191 v), Francisco

5 NERY JUNIOR, NELSON. NERY, ROSA MARIA DE ANDRADE. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 1178.

6 MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 161.

Cavalcante Mota (fl. 192) e Antonina Soares de Andrade (fls. 193-193 v), sendo que os depoimentos prestados pelas duas primeiras confirmam o exercício da posse pelos apelantes.

O sr. Odimar Soares de Andrade declarou (fls. 191-191 v):

> (...) os promovidos nasceram e se criaram nas terras objeto da ação, (...) que os promovidos construíram cercas e casas no imóvel questionado; que a posse dos promovidos vem de muito longe, tendo em vista que foi o avô do depoente quem os colocou lá como moradores; que o avô do depoente já é falecido desde 1936; (...) que os promovidos fizeram as benfeitorias, tais como cercas e casas, há uns doze a quinze anos atrás; (...) que o Sr. Firmino Calixto sempre morou nas terras que detém a posse; que o Sr. Firmino Calixto construiu a sua residência no terreno questionado há mais de quinze anos; que os familiares do Sr. Firmino Calixto moram todos no imóvel em questão; que os promovidos Raimundo Lopes da Silva e Francisco Soares Mônica adquiriram as terras questionadas do avô do depoente , falecido em 1936, que o avô do depoente vendeu as terras aos genitores dos dois promovidos Raimundo Lopes da Silva e Francisco Soares Mônica;

E o sr. Francisco Cavalcante Mota, por seu turno, depôs (fl. 192):

> (...) que conhece os promovidos há cinqüenta anos aproximadamente, os quais residem no imóvel questionado, nunca tendo saído dessas terras; que os promovidos fizeram várias benfeitorias no imóvel em questão, tais como cercas, casas, cacimbões e um açudeco; que tais benfeitorias foram feitas entre dez a quinze anos; (...) que tem conhecimento de que os promovidos tem a posse do imóvel há uns quarenta anos.

Verifica-se pelo exame de todo o conjunto probatório que a alegada posse precedentemente exercida pelos recorridos e o suposto esbulho cometido pelos apelantes não restaram devidamente configurados, carecendo de demostração mais robusta.

Na espécie, o ônus da prova cabe à parte autora, aqui apelada, nos termos do art. 333, I, do Código de Processo Civil, que dele não se desincumbiu a contento.

Em casos assemelhados esta Corte de Justiça tem decidido:

> APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 927 DO CPC. ALEGAÇÃO DE DANOS MATERIAIS SOFRIDOS PELO PROMOVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. Agravo retido não conhecido, visto que não houve requerimento expresso para seu enfrentamento nas razões da apelação, consoante determina o art. 523, caput, e § 1º do CPC. 2. Na situação em espécie, não restou comprovado que a autora estava na posse do imóvel quando houve o suposto esbulho pelo requerido, ônus que lhe competia, haja vista que em se tratando de ação de reintegração de posse, deve a lide observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do CPC, devendo ser demonstrado por aquele que se

> diz possuidor: a sua posse; a turbação praticada pela réu; a data da turbação e a continuação da posse.
> 3. Como se sabe, para que se efetive a reparação de danos materiais, não basta a simples alegação de sua ocorrência, uma vez que se faz necessário sua comprovação, o que não ocorreu no caso em tela, já que o promovido não se desincumbiu de tal obrigação.
> 4. Recursos conhecidos e não providos.
> (TJCE, Apelação 1493200580600891, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Data de registro: 18/07/2011)
>
> APELAÇÃO CÍVEL. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. FALTA DE PROVA DA POSSE ANTERIOR. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS DO ARTIGO 927 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.
> 1. Não se desincumbindo o autor de provar existência de posse anterior, não procede o pedido de reintegração de posse porque não preenchidos os requisitos previstos em lei (artigo 927 do CPC).
> 2. APELAÇÃO PROVIDA.
> (TJCE, Apelação 2638737200580600011, 4ª Câmara Cível, Rel. Des. LINCOLN TAVARES DANTAS, Data de registro: 18/04/2011)

Assim, não comprovados os requisitos autorizadores da concessão da tutela possessória previstos no art. 927 do Código de Processo Civil, impõe-se a improcedência do pedido.

Sob tais fundamentos, conheço da apelação e dou-lhe provimento para reformar a sentença, julgando improcedente a pretensão, ficando invertidos os ônus sucumbenciais.

É como voto.

APELAÇÕES Nº 84006-22.2005.8.06.0001/1 E 36522-11.2005.8.06.0001/1
APELANTE: MARIA DO SOCORRO CARVALHO MELO
APELADO: NÁUTICO ATLÉTICO CLUBE
LOCAL DE ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA
AÇÃO DE ORIGEM: DESPEJO/RENOVATÓRIA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. LOCAÇÃO DE IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. CONTRATO COM PREVISÃO DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA – AÇÃO RENOVATÓRIA – INTERESSE PROCESSUAL AUSENTE. CONTRATO RENOVADO POR PRAZO DETERMINADO – DESPEJO POR DENÚNCIA VAZIA – INCABÍVEL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - REDUÇÃO. SENTENÇA REFORMADA.

1. Não havendo até o término do prazo inicialmente estipulado qualquer manifestação contrária das partes, o contrato foi renovado automaticamente por mais 05 (cinco) anos, consoante cláusula constante do contrato de locação.

2. Quando do ajuizamento da demanda renovatória, tivesse o Juízo *"a quo"* observado melhor a documentação acostada à exordial, teria percebido que a renovação contratual já havia se operado, por expressa convenção das partes, carecendo a pretensão autoral de interesse processual, uma vez que a tutela jurisdicional perseguida nenhuma utilidade de ordem prática traria à demandante. Por esse motivo, deveria referido pleito ter sido extinto, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC.

3. Despejo equivocadamente decretado. Na vigência do novo prazo do contrato de locação, possuía a locatária o direito de permanecer no imóvel até o final da renovação automática, ou seja, até 30.04.2010. Findo esse prazo, estando já demonstrado o interesse do locador em não renovar novamente a locação, é que o imóvel deveria ser desocupado.

4. A ação não apresentou grande complexidade, e o trabalho realizado pelo patrono do apelado se restringiu à contestação e às contrarrazões recursais. Assim, o percentual mínimo previsto no art. 20, § 3º, do CPC se mostra suficiente a remunerar o trabalho do advogado do promovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos das apelações 84006-22.2005.8.06.0001/1 e 36522-11.2005.8.06.0001/1, em que figuram as partes retro indicadas.

ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos e DAR PROVIMENTO à apelação nº 84006-22.2005.8.06.0001/1 e PARCIAL PROVIMENTO à apelação nº 36522-11.2005.8.06.0001/1, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações interpostas por Maria do Socorro Carvalho Melo contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente o pedido contido na Ação Renovatória de Locação ajuizada pela ora apelante, e procedente o pedido de despejo formulado pelo ora apelado.

Em uma mesma decisão (fls. 56/57 da Ação de Despejo e fls. 48/49 da Ação Renovatória de Locação), o Juízo *"a quo"* reconheceu a decadência do direito de requerer a renovação, e extinguiu o feito respectivo, sem julgamento do mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC. Admitindo a eficácia da notificação premonitória realizada pelo locador, declarou rescindido o contrato locatício e acolheu o pedido de despejo.

Irresignada com a referida decisão, Maria do Socorro Carvalho Melo apresentou recurso de apelação, em cujas razões de fls. 69/72 (Ação de Despejo) e 60/63 (Ação Renovatória) defende a reforma da sentença, afirmando que o contrato celebrado entre as partes contém cláusula de renovação automática da locação, e que o apelado denunciou a locação somente após o contrato ter sido renovado por prazo determinado, o que impossibilita a decretação do despejo.

Alega, ainda, ser exorbitante a verba honorária fixada, e pleiteia, a título alternativo, a respectiva redução.

O apelado apresentou contrarrazões (fls. 77/82 da Ação de Despejo e 66/70 da Ação Renovatória) pugnando pelo improvimento do recurso.

Desnecessária a intervenção ministerial, nos termos do artigo 53 do RITJCE.

É o relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Conheço dos recursos, porquanto presentes seus requisitos.

Consoante se depreende dos autos, as partes celebraram contrato de locação

de imóvel para fins comerciais pelo prazo determinado de 05 (cinco) anos, iniciando em 01.05.2000, podendo ser renovado por igual período. Prevê o contrato (cláusula 3.2) que "Findo o prazo de locação, a renovação será automática, salvo houver oposição de alguma das partes, manifestada por escrito, conforme prevê a legislação em vigor".

Dessa forma, não havendo até o término do prazo inicialmente estipulado qualquer manifestação contrária das partes, em 01.05.2005 o contrato foi renovado automaticamente por mais 05 (cinco) anos.

Quando do ajuizamento da demanda renovatória, aos 24.06.2005, tivesse o Juízo *"a quo"* observado melhor a documentação acostada à exordial, teria percebido que a renovação contratual já havia se operado, por expressa convenção das partes, carecendo a pretensão autoral de interesse processual, uma vez que a tutela jurisdicional perseguida nenhuma utilidade de ordem prática traria à demandante. Por esse motivo, deveria referido pleito ter sido extinto, sem julgamento de mérito, com fundamento no art. 267, inciso VI, do CPC.

Nesse mesmo sentido, confira-se o entendimento da jurisprudência pátria:

> **"Ementa:** LOCAÇÃO DE IMÓVEIS - AÇÃO RENOVATÓRIA - CONTRATO COM PREVISÃO EXPRESSA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA - AUSÊNCIA DE PROVA DE MANIFESTAÇÃO DE DESACORDO PELA PARTE NO PRAZO PREVISTO NA AVENÇA - AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL - SENTENÇA MANTIDA - Na esteira de entendimento reiterado desta C. Corte, na medida em que o contrato entabulado pelas partes possui cláusula expressa de renovação automática da locação, e não existindo prova de manifestação contrária por qualquer dos contratantes, no prazo previsto na avença para tanto, carece a locatária de interesse processual para a presente demanda, cabendo-lhe buscar a via adequada para rediscutir os termos do pacto - Apelo improvido. (Apelação 0001947-14.2008.8.26.0486, TJSP, 35ª Câmara de Direito Privado, Relator: Des. JOSÉ MALERBI, registro em 18/02/2013)."
>
> "PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RENOVATÓRIA DE CONTRATO DE SUBLOCAÇÃO. POSTO DE COMBUSTÍVEIS. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR FALTA DE INTERESSE DE AGIR (ART. 267, VI DO CPC).
> 1. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMO INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE. CONTRATO QUE TRAZ CLÁUSULA EXPRESSA DE RENOVAÇÃO AUTOMÁTICA DO CONTRATO SE NÃO DENUNCIADO UM ANO ANTES DO TÉRMINO.
> 2. *('OMISSIS')*. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.
> (TJPR - 12ª C. Cível - AC 532115-3 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Carlos Mauricio Ferreira - Unânime - J". 28.04.2010)."

Por outro lado, quando o apelado enviou notificação à apelante

(14.11.2005), denunciando a locação, vigia entre os litigantes contrato de locação por prazo determinado, pois já havia se operado a renovação automática contratualmente prevista.

Segundo previsão do art. 4º da Lei nº 8.245/91, durante o prazo estabelecido no contrato de locação, não poderá o locador reaver o imóvel locado. Já o art. 57 do mesmo diploma possibilita seja denunciado o contrato, desde que este seja por prazo indeterminado.

Assim, na vigência do novo prazo do contrato de locação, possuía a locatária o direito de permanecer no imóvel até o final da renovação automática, ou seja, até 30.04.2010. Findo esse prazo, estando já demonstrado o interesse do locador em não renovar novamente a locação, é que o imóvel deveria ser desocupado.

Nesse mesmo sentido, confira-se o entendimento lançado em decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LOCAÇÃO. AÇÃO DE DESPEJO. IMÓVEL NÃO RESIDENCIAL. DENÚNCIA VAZIA. PRAZO DETERMINADO PRORROGADO DE FORMA AUTOMÁTICA. CLÁUSULA CONTRATUAL EXIGINDO NOTIFICAÇÃO PREMONITÓRIA COM ANTECEDÊNCIA DE 210 DIAS NÃO OBSERVADA PELOS LOCADORES. PERMANÊNCIA NO IMÓVEL. CABÍVEL O DESPEJO. Contrato por prazo determinado de trinta e seis (36) meses. Renovação por igual prazo que se daria automaticamente no silêncio das partes. Hipótese em que houve renovação automática do prazo contratual, por subseqüentes períodos determinados de 36 meses, por ato da locadora, que realizou notificação judicial noticiando a ausência de interesse na continuidade da relação locatícia sem a observância do prazo prévio de 210 (duzentos e dez) dias ajustado entre as partes. Notificação premonitória realizada judicialmente, mas sem respeito ao prazo previsto em aditivo contratual, que se mostrou ineficaz. Legítima a permanência da locatária no imóvel até o prazo final da renovação automática. Entretanto, a citação no presente feito teve o condão de configurar a notificação de denúncia vazia a tornar necessária a desocupação do imóvel após o prazo final da renovação automática. *('Omissis')*. APELO PROVIDO, EM PARTE.
> (Apelação Cível Nº 70044055408, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 29/11/2012)."

Dessa forma, incorreu em erro o Juízo de primeiro grau ao decretar o despejo.

A apelante questiona também o percentual fixado a título de honorários advocatícios.

Com efeito, a verba honorária, fixada que foi na Ação Renovatória em 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa, não parece razoável. A ação não apresentou grande complexidade, e o trabalho realizado pelo patrono do apelado se restringiu à contestação e às contrarrazões recursais. Assim, o percentual mínimo

previsto no art. 20, § 3º, do CPC se mostra suficiente a remunerar o trabalho do advogado do promovido.

Com esses fundamentos, a apelação referente à Ação Renovatória há de ser conhecida e parcialmente provida, reformando a sentença apenas quanto aos fundamentos para a extinção do feito sem julgamento do mérito e aos honorários de sucumbência, na forma acima estabelecida.

Quanto ao apelo interposto na Ação de Despejo, conheço e dou provimento, reformando a sentença para julgar improcedente o pedido formulado pelo Náutico Atlético Cearense. Invertida aqui a sucumbência, deve o apelado arcar com custas processuais e honorários advocatícios, que, igualmente, fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

É como voto.

Fortaleza, 17 de abril de 2013.

PROCESSO Nº 0085396-90.2006.8.06.0001
CLASSE: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS – 21ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
APELANTES: I. ANTÔNIO JOSÉ DE FREITAS MELLO, FLÁVIA MARIA SARAIVA BRASIL MELLO, RONALDO EVANGELISTA TORRES E FERNANDA MARIA PARENTE TORRES II. TAP – AIR PORTUGAL
APELADOS: I. TAP – AIR PORTUGAL II. ANTÔNIO JOSÉ DE FREITAS MELLO, FLÁVIA MARIA SARAIVA BRASIL MELLO, RONALDO EVANGELISTA TORRES E FERNANDA MARIA PARENTE TORRES
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO. ATRASOS E ACOMODAMENTO EM OUTRA COMPANHIA AÉREA. EXTRAVIO DE BAGAGEM. *OVER BOOKING.* RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA E SOLIDÁRIA DAS COMPANHIAS AÉREAS. INAPLICABILIDADE DA CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE MAJORAÇÃO DOS DANOS MORAIS RECONHECIDA. RECURSOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDO EM RELAÇÃO AO AUTORES E IMPROVIDO EM RELAÇÃO A COMPANHIA AÉREA.

1. A reparabilidade do dano moral alçada ao plano constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Política, e expressamente consagrada na lei substantiva civil, em seus artigos 186 combinado com 927, exige que o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitre, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial. Dano fundamentado nos transtornos vivenciados pelas partes autoras com os atrasos, extravio de bagagem na chegada ao Cairo, *over booking* no voo de volta a Fortaleza, com novo extravio de bagagens e falta de devida assistência. *Quantum* indenizatório majorado.

2.Falha na prestação do serviço contratado, devendo ser aplicado o disposto no artigo 14 do CDC. A responsabilidade do transportador é objetiva, à luz do artigo 750 do Código

Civil, a ele competindo o transporte incólume da mercadoria até o local de destino.
3. Danos materiais. *quantum* mantido. Documentos em língua estrangeira, desnecessidade de tradução, diante de documento em língua portuguesa detalhando o ramo de atividade do local onde foram realizados os gastos. Custos condizentes com a situação. Dano moral caracterizado, diante da falha na prestação do serviço de transporte aéreo. Dever de indenizar.
4. Sentença modificada em parte. Apelação dos autores parcialmente provida. Apelação da requerida improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos dos recursos de apelação nº 0085396-90.2006.8.06.0001, em que são partes as acima indicadas.

ACORDA a 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em julgamento de turma, por unanimidade, em conhecer dos dois recursos, dando parcial provimento ao interposto por **ANTONIO JOSÉ DE FREITAS MELLO, FLÁVIA MARIA SARAIVA BRASIL MELLO, RONALDO EVANGELISTA TORRES E FERNANDA MARIA PARENTE TORRES,** bem como negando provimento ao interposto por **TAP – AIR PORTUGAL**, nos termos do voto do Relator.

VOTO

Os apelantes, autores da demanda, pugnam pela majoração da condenação no que pertine à indenização por danos morais, com fulcro no dano sofrido e do que tem-se decidido nos Tribunais pátrios.

Quanto aos danos morais, não é difícil concluir pela sua caracterização, mormente se consideradas as peculiaridades do caso concreto, já evidenciadas (*dano in re ipsa*).

Neste sentido, entendimento jurisprudencial que segue:

> **APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO DE VOO. EXTRAVIO DE BAGAGEM**. **O atraso nos voos nas viagens de ida e volta realizadas pelos autores, somado ao extravio da bagagem, caracterizam falha na prestação do serviço de transporte aéreo, justificando o dever de reparar os danos daí advindos. Dano material acarretado pelo extravio da bagagem. Pretensão indenizatória amparada nos bens descritos a partir das notas fiscais de compra e das faturas do cartão de crédito, adquiridos durante a viagem realizada e com amparo na condição sócio-econômica dos autores**. Dano moral evidenciado, porquanto os transtornos vivenciados pelos autores superaram os meros dissabores ou aborrecimentos comumente suportados pelos passageiros do transporte

> aéreo. *Quantum* indenizatório mantido, pois cumpre as funções punitiva e pedagógica que se espera da condenação. APELAÇÃO IMPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70034559641, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 28/04/2010) (grifei)

Por seu turno, no que pertine ao *quantum* indenizatório por danos morais, entendo merecer reforma o *decisum*.

A reparabilidade do dano moral alçada ao plano constitucional, no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Política, e expressamente consagrada na lei substantiva civil, em seus artigos 186 combinado com 927, exige que o julgador, valendo-se de seu bom senso prático e adstrito ao caso concreto, arbitre, pautado nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, um valor justo ao ressarcimento do dano extrapatrimonial.

Impõe-se que o magistrado deve estar atente às condições do ofensor, do ofendido e do bem jurídico lesado, assim como à intensidade e duração do sofrimento, e à reprovação da conduta do agressor, não se olvidando, contudo, que o ressarcimento da lesão ao patrimônio moral do indivíduo deve ser suficiente para recompor os prejuízos suportados, sem importar em enriquecimento sem causa da vítima.

Desta forma, estando o dano fundamentado nos transtornos vivenciados pelas partes autoras com os atrasos, extravio de bagagem na chegada ao Cairo, *over booking* no voo de volta a Fortaleza, com novo extravio de bagagens e falta de devida assistência, considerando-se as circunstâncias do caso concreto, tenho que o valor para cada autor mostra-se irrazoável, principalmente para o fim de coibir a prática de lesão idêntica.

Ademais, é de relevo também anotar que os fatos ocorreram no estrangeiro, somando as dificuldades linguísticas e a falta de amparo da companhia do início ao fim da viagem, razão pela qual, atento ao princípio da razoabilidade, fixo os danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor.

Sobre o tema, já fora decidido:

> "CONTRATO DE TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INCIDÊNCIA DO CDC. DANOS MORAIS E MATERIAIS DEVIDOS. 1. Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de transporte aéreo internacional. 2. Em se tratando de responsabilidade objetiva, impõe-se o dever de indenizar, atribuído à transportadora que não conseguiu cumprir com a sua obrigação contratual a contento, pois uma das bagagens dos autores por ela transportada foi extraviada e nunca mais recuperada, razão por que deverá ressarcir aos demandantes os prejuízos materiais e morais daí decorrentes. 3. Condenação a título de danos materiais majorada. 4. Danos morais provados e devidos. Apelação dos autores provida parcialmente e apelo da ré desprovido." (TJRS. Apelação Cível Nº 70030486203, Décima Primeira Câmara Cível, Relator: Voltaire de Lima Moraes, Julgado em 18/11/2009).

Passando à análise da apelação interposta pela requerida TAP, esta tenta eximir-se da responsabilidade de qualquer pagamento a títulos de danos, seja por não reconhecê-los, haja vista alegar que a nota colacionada não está traduzida, seja porque a as bagagens foram extraviadas por outra companhia.

Não merece acolhida as alegações supra, senão vejamos.

Inicialmente cumpre referir que, em que pese a empresa responsável pelo trecho Madri/Cairo tenha sido a companhia Ibéria, torna-se imperioso reconhecer que, ao menos perante o consumidor, a responsabilidade da ré TAP é solidária, independentemente do trecho em que ocorreu o extravio, principalmente por ter sido esta a responsável pelo redirecionamento dos passageiros a outra companhia, ocasionando os atrasos.

Nesse sentido:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PERDA TEMPORÁRIA DE BAGAGEM. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS PARCEIRAS. **Havendo mais de uma prestadora do serviço aéreo, a responsabilidade deverá ser suportada de forma solidária entre ambas. Inteligência dos artigos 7º, Parágrafo único e 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor.** Afastada a preliminar de ilegitimidade passiva da primeira ré. PROVIMENTO DE PLANO EM DECISÃO MONOCRÁTICA. (Agravo de Instrumento Nº 70036091924, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira, Julgado em 05/05/2010) (grifei)

De outra banda, cabe destacar que a existência de regras próprias da aviação - Convenção de Montreal ou Código Brasileiro de Aeronáutica - não afasta a incidência do Código de Defesa do Consumidor, em especial no que diz com a limitação do dever de indenizar.

Superada estas questões, insta salientar que no caso dos autos, o exame detalhado do conjunto probatório não induz à outra alternativa senão a de reconhecer a falha na prestação do serviço contratado, devendo ser aplicado o disposto no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, que tem a seguinte redação:

> **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.

Saliento, que se tratando de responsabilidade objetiva, somente pode ser elidida por culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro desconexo do serviço, caso fortuito ou força maior, hipóteses que não restaram caracterizadas.

Ademais, a responsabilidade do transportador é objetiva, à luz do artigo 750 do Código Civil, a ele competindo o transporte incólume da mercadoria até o local de destino.

> **Art. 750.** A responsabilidade do transportador, limitada ao valor constante do conhecimento, começa no momento em que ele, ou seus prepostos, recebem a coisa; termina quando é entregue ao destinatário, ou depositada em juízo, se aquele não for encontradO transportador tem a obrigação de levar a coisa incólume, em perfeitas condições de segurança, até o seu destino final. Não sendo observada a cláusula de incolumidade, implícita nos contratos de transportes, ocorre o inadimplemento. O transportador incorrerá em responsabilidade caso não receba, transporte ou entregue as mercadorias no tempo e lugar acordado, sendo sua responsabilidade iniciada a partir do momento em que recebe as mercadorias, terminando com sua entrega ao destinatário ou com seu depósito em juízo, se não encontrar o destinatário.
>
> **Art. 749, CC.** O transportador conduzirá a coisa ao seu destino, tomando todas as cautelas necessárias para mantê-la em bom estado e entregá-la no prazo ajustado ou previsto.

A transportadora possui uma obrigação de fim ou de resultado, qual seja, a de levar a coisa até o destino com segurança e integridade, sendo a sua responsabilidade objetiva, somente podendo ser elidida se configurado caso fortuito ou força maior, inocorrente no caso em questão.

Outro não é o entendimento firmado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, veja-se:

> "CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO. EXTRAVIO DE MERCADORIA. COBERTURA SECURITÁRIA. REEMBOLSO. TARIFAÇÃO AFASTADA. INCIDÊNCIA DAS NORMAS DO CDC.
> Pertinente a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor para afastar a antiga tarifação na indenização por perda de mercadoria em transporte aéreo, prevista na Convenção de Varsóvia e no Código Brasileiro de Aeronáutica, quando o evento danoso se verificou após o advento da Lei n. 8.078/90.
> Precedentes do STJ.
> III. Recurso especial não conhecido". (STJ, REsp 373872 / SP RECURSO ESPECIAL 2001/0125360-0 4ª - Quarta Turma, Julgado em 24/02/2002).

Quanto aos danos materiais alegados sofridos pelos autores, tenho que não merece qualquer reparo a sentença ora recorrida.

Isso porque, em que pese os autores tenham acostado aos autos documentos em língua estrangeira - o que implicaria a incidência da regra insculpida no art. 157 do CPC - não descrevem valores absurdos, haja vista tratar-se de quatro pessoas, durante

dois dias, em país estrangeiro, sem qualquer bem pessoal, além de terem acostado às fls. 31 documento em língua portuguesa, demonstrando que a loja em que efetuaram os gastos é do ramo de vestuário.

Neste sentido, entendimento jurisprudencial que segue:

> APELAÇÃO CÍVEL. TRANSPORTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. ATRASO DE VOO. EXTRAVIO DE BAGAGEM. **O atraso nos voos nas viagens de ida e volta realizadas pelos autores, somado ao extravio da bagagem, caracterizam falha na prestação do serviço de transporte aéreo, justificando o dever de reparar os danos daí advindos. Dano material acarretado pelo extravio da bagagem. Pretensão indenizatória amparada nos bens descritos a partir das notas fiscais de compra e das faturas do cartão de crédito, adquiridos durante a viagem realizada e com amparo na condição sócio-econômica dos autores.** Dano moral evidenciado, porquanto os transtornos vivenciados pelos autores superaram os meros dissabores ou aborrecimentos comumente suportados pelos passageiros do transporte aéreo. *Quantum* indenizatório mantido, pois cumpre as funções punitiva e pedagógica que se espera da condenação. APELAÇÃO IMPROVIDA.
> (Apelação Cível Nº 70034559641, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Roberto Imperatore de Assis Brasil, Julgado em 28/04/2010) (grifei)

Quanto aos danos morais, já me manifestei quando da análise da apelação interposta pelos autores.

Em relação aos honorários advocatícios, mantenho o fixado na sentença, isto é, o de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, por atendido o que dispõe o art. 20 do CPC.

Isto posto, conheço da apelação interposta pelos autores da ação, para dar-lhe parcial provimento, para reformar a sentença a fim de fixar a indenização por danos morais em R$ 10.000,00 (dez mil reais) para cada autor, corrigidos monetariamente pelo índice INPC (IBGE), a partir da data da prolação da sentença (Súmula 362 do STJ) e com juros legais à base de 1% ao mês (art. 406 do CC c/c art. 161, §1º do CTN), a serem incididos a partir do primeiro evento danoso (chegada na cidade do Cairo), nos termos da Súmula 54 do STJ. Conheço da apelação interposta pela apelante requerida, TAP, mas para negar-lhe provimento.

A fixação dos honorários resta como está na sentença, isto é, 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

É como voto.

Fortaleza, 12 de junho de 2012.

Agravo de Instrumento

PROCESSO Nº 0011987-11.2011.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ.
AGRAVADA: ET & M REFEIÇÕES COLETIVAS LTDA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. DEMANDA CONTRATADA. CONVERSÃO DO RECURSO EM SUA MODALIDADE RETIDA. INSUBSISTÊNCIA DA ALEGAÇÃO. PERIGO CONCRETO NO QUE PERTINE À ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR FINAL. RECURSO REPETITIVO JULGADO PELO STJ (REsp 1.299.303/SC). PROVA DA NÃO-REPERCUSSÃO DO IMPOSTO PELA AGRAVADA. ART. 166, CTN. IMPERTINÊNCIA. EXIGIBILIDADE UNICAMENTE NOS CASOS DE RESTITUIÇÃO, O QUE NÃO É O CASO DOS AUTOS. LIMINAR CONSENTÂNEA AO ESTATUÍDO PELA SÚMULA Nº 391, STJ. RECURSO DESPROVIDO.

1. Havendo concreta possibilidade de danos decorrentes da diminuição de arrecadação tributária ocasionada pela liminar sob crivo, a qual se avulta pela natural demora do trâmite da lide em primeira instância, torna-se inviável, desta feita, a retenção do recurso em tela. Preliminar de contrarrazões rejeitada.

2. Respeitante à legitimidade ativa do consumidor final da energia elétrica para questionar a incidência de ICMS sobre demanda contratada, tem-se a salientar que essa questão já foi reconhecida pela c. 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 1.299.303/SC, adotado como recurso representativo da controvérsia (art. 543-C, do CPC), cuja postura, aliás, já era sufragada por esta e. Primeira Câmara Cível.

3. Insubsistente a arguição de prova de não-repercussão do imposto para fins de pleitear a não incidência do ICMS sobre parcela não consumida de energia elétrica (demanda contratada). Exigência necessária se se tratasse de pedido de restituição de tributo, o que não é o presente caso. Inteligência

do art. 166 do CTN e das Súmulas nº 71 e 546 do STF.
4. Não se afigura pertinente negar o pedido que se encontra reconhecido na Súmula nº 391 do Superior Tribunal de Justiça: "O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada".
5. Agravo de instrumento conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, por julgamento de Turma, unanimemente, em conhecer do agravo de instrumento, mas para **negar-lhe provimento**, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 24 de setembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará em face de decisão do Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, prolatada nos autos do Processo nº 0032968-58.2011.8.06.0001 (mandado de segurança), que concedeu liminar para que o Coordenador de Administração da Fazenda do Estado do Ceará se abstenha de cobrar ICMS sobre reserva contratada de energia elétrica pela impetrante (págs. 57-60).

Sustenta o agravante, em síntese (págs. 01-29), que o consumidor final, na qualidade de contribuinte de fato, não possui legitimidade ativa para discutir em juízo a incidência do mencionado imposto sobre demanda contratada de energia elétrica.

Assere, outrossim, a necessidade de prova, por parte da agravada, de que não repassa aquela exação para seus consumidores, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional e da Súmula nº 546 só STF.

Juntou documentos de págs. 29-158.

O Desembargador Plantonista entendeu não possuir o caso urgência necessária para análise naquela oportunidade (pág. 166).

Deixei de apreciar o pleito liminar irrogado (pág. 170).

Contrarrazões às págs. 175-186, pugnando-se pela conversão do recurso em sua modalidade retida.

A recorrida, outrossim, defende sua legitimidade ativa para a causa em primeira instância e, ademais, em sendo consumidora final da energia elétrica, não repassa qualquer encargo a esse tocante para seus clientes, mas sim o Imposto Sobre Serviços (ISS).

Informações às págs. 102-103.

Deixei de enviar os autos para manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça em atenção ao item XV da Recomendação nº 16/2010 do CNMP, que preceitua a desnecessidade de intervenção do Ministério Público nas ações em que for parte a Fazenda ou Poder Público (Estado, Município, Autarquia ou Empresa Pública), com interesse meramente patrimonial, a exemplo da execução fiscal e respectivos embargos, anulatória de débito fiscal, declaratória em matéria fiscal, repetição de indébito, sem prejuízo de eventual acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, por aquele órgão com atuação neste segundo grau de jurisdição.

É o relatório.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço da postulação.

Respeitante à preliminar de retenção do recurso suscitada pela recorrida, tem-se que rejeitá-la, haja vista a possibilidade concreta de danos decorrentes da diminuição de arrecadação tributária ocasionada pela liminar sob crivo, a qual se avulta pela natural demora do trâmite da lide em primeira instância, tornando viável, portanto, a interposição do recurso de agravo sob a forma de instrumento.

Tocante à legitimidade ativa do consumidor final para questionar a incidência de ICMS sobre demanda contratada de energia elétrica, deve-se salientar que essa questão já foi reconhecida pela c. 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça por ocasião do julgamento do REsp 1.299.303/SC, adotado como recurso representativo da controvérsia (art. 543-C, do CPC), cuja postura, aliás, já era sufragada por esta e. Primeira Câmara Cível.

Veja-se o teor do precedente acima mencionado:

> RECURSO ESPECIAL. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. ENERGIA ELÉTRICA. INCIDÊNCIA DO ICMS SOBRE A DEMANDA "CONTRATADA E NÃO UTILIZADA". LEGITIMIDADE DO CONSUMIDOR PARA PROPOR AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO.
>
> - Diante do que dispõe a legislação que disciplina as concessões de serviço público e da peculiar relação envolvendo o Estado-concedente, a concessionária e o consumidor, esse último tem legitimidade para propor ação declaratória c/c repetição de indébito na qual se busca afastar, no tocante ao fornecimento de energia elétrica, a incidência do ICMS sobre a demanda contratada e não utilizada.
>
> - O acórdão proferido no REsp 903.394/AL (repetitivo), da Primeira Seção, Ministro Luiz Fux, DJe de 26.4.2010, dizendo respeito a distribuidores de bebidas, não se aplica ao casos de fornecimento de energia elétrica. Recurso

> especial improvido. Acórdão proferido sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil.
> (STJ, REsp 1299303/SC, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/08/2012, DJe 14/08/2012)

Insubsistente a arguição de prova de não-repercussão do imposto para fins de pleitear a não incidência do ICMS sobre parcela não consumida de energia elétrica (demanda contratada).

Essa exigência afigura-se necessária tão somente nos casos de pedido de restituição de tributo, o que não é o presente caso.

Veja-se o art. 166 do Código Tributário Nacional:

> Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

A propósito, confiram-se as Súmulas nº 71 e 546 do Supremo Tribunal Federal:

> STF, Súmula 71: Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto.
> STF, Súmula 546: Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo.

Ademais, não se afigura pertinente negar o pedido que se encontra reconhecido em Súmula do Superior Tribunal de Justiça:

> Súmula 391: O ICMS incide sobre o valor da tarifa de energia elétrica correspondente à demanda de potência efetivamente utilizada.

Sob tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É como voto.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 14621-48.2009.8.06.0000/0
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADO: SINDICATO DOS MÉDICOS DO ESTADO DO CEARÁ - SIMEC
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSTITUCIONAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI MUNICIPAL QUE INSTITUIU CONTRIBUIÇÃO PARA O CUSTEIO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS, ATIVOS, INATIVOS E PENSIONISTAS. CARÁTER COMPULSÓRIO. VEDAÇÃO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 40, *CAPUT,* E 149, §1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRECEDENTES.

I – A concessão da medida antecipatória da tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública somente não é possível nos casos previstos no artigo 1º da Lei nº 9.494/1997 e nas suas vinculações aos diplomas legais nele previstos.

II – Afora as hipóteses taxativamente versadas, não há óbice à concessão da medida judicial recorrida.

III – A compulsoriedade da instituição da contribuição destinada ao custeio da assistência à saúde dos servidores públicos do município de Fortaleza, ativos, inativos e pensionistas, não encontra previsão constitucional nos artigos 40, *caput,* e 149, §1º, da CF/1988, restando presentes a verossimilhança do direito, a prova inequívoca e o risco de dano de difícil reparação necessários à concessão da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional.

RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 14621-48.2009.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas. Acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores que compõem a egrégia Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará, em julgamento unânime, conhecer para negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Cuida-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito

suspensivo, ajuizado contra decisão proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza que, na ação ordinária nº 2007.0022.7568-4, concedeu a antecipação de tutela para determinar ao Município de Fortaleza e ao Instituto de Previdência do Município de Fortaleza a obrigação de não realizar os descontos nos contracheques dos substituídos processuais da parcela atinente ao IPM-Saúde.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* alegando, em síntese, que a violação ao direito dos substituídos processuais ocorreu há mais de cinco anos da propositura da lide, prescrevendo o fundo do direito. No mérito, aduz que os requisitos previstos no art. 273 do CPC para a antecipação da tutela jurisdicional não estão presentes, defendendo, ademais, ser possível a instituição de recolhimentos para o custeio de programa de assistência à saúde dos servidores públicos por intermédio da Lei nº 8.409/1999.

Requereu a concessão da suspensividade em face da existência dos requisitos autorizadores, a saber, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* e, no mérito, provimento do presente recurso para reformar a decisão agravada.

O recurso foi instruído com os documentos de fls. 14/77.

Recebido o agravo, determinei a intimação da contraparte e requisitei informações ao Juiz da causa (fl. 82).

Contraminuta às fls. 87/100; informes às fls. 102 e seguinte.

Às fls. 105/107 deneguei o pedido de atribuição de efeito suspensivo.

Parecer do Ministério Público de segundo grau às fls. 110/114.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

A questão meritória cinge-se à aferição da possibilidade de concessão de medida antecipatória da tutela jurisdicional para o fim de sustar o pagamento da contribuição definida na Lei nº 8.409/1999 que instituiu o IPM-Saúde como espécie de plano de saúde, assim como a juridicidade da interlocutória recorrida em cotejo com as disposições do artigo 273 do Código de Processo Civil.

O art. 1º da Lei nº 9.494/1997 elenca vinculações que impossibilitam a concessão de medidas antecipatórias da tutela jurisdicional contra a Fazenda Pública.

A espécie dos autos, contribuição ao IPM-Saúde ou FORTSAÚDE não se encontra subsumida às hipóteses restritivas constantes do artigo 1º da Lei nº 9.494/1997 e às Leis 5.021/1966 (art. 1º) e 8.437/1992 (arts. 1º, 2º e 3º).

Inexistentes, portanto, óbices à concessão da antecipação da tutela jurisdicional, resta, portanto, a aferição dos requisitos constantes do artigo 273 do C. de Pr. Civil: prova inequívoca, verossimilhança do direito e fundado receio de dano grave ou de difícil reparação.

O recorrente sustenta que o IPM-Saúde, ou FORTSAÚDE, foi instituído mediante lei municipal para custear o plano de saúde que atende aos servidores públicos

municipais de Fortaleza, ativos e inativos, e seus segurados.

As contribuições, espécies tributárias, devem atender não somente aos requisitos legais, mas, especialmente, à possibilidade constitucional.

Neste sentido, o artigo 40 da Carta Magna assegura aos servidores da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público e dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, guardando-se critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial.

Sucede que o artigo 149, §1º, Constituição Federal outorgou aos entes Federativos a competência tributária para instituir contribuição destinada ao custeio do regime próprio de previdência de seus servidores, na forma do art. 40, caput, da Lei Maior, mas não os autorizou a instituir contribuições para custear a saúde e a assistência social desses mesmos servidores, para o que deverá se valer de receita oriunda de tributos não vinculados.

Ressalte-se que a compulsoriedade da contribuição dos servidores ativos, inativos e pensionistas ao IPM-Saúde ou FORTSAÚDE, instituída pela Lei municipal nº 8.409/1999 não guarda conformidade constitucional, restando atendidos os requisitos previstos no art. 273 da Lei Adjetiva Civil para a outorga da medida antecipatória da tutela jurisdicional.

A jurisprudência deste Sodalício é no seguinte sentido:

> EMENTA: TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PARA CUSTEIO DA SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. CF/88, ART. 149, § 1º. COMPETÊNCIA PARA INSTITUIR TRIBUTO NÃO CONFERIDA PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL AOS ESTADOS, DISTRITO FEDERAL E MUNICÍPIOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA QUE NÃO ALBERGA O FINANCIAMENTO DO DIREITO À SAÚDE E À ASSISTÊNCIA SOCIAL.
> 1. A competência conferida aos Estados, Distrito Federal e Municípios, para a instituição de contribuição de seus servidores efetivos, destina-se, com exclusividade, ao financiamento da previdência social, não podendo alcançar ações relativas à saúde e assistência social, ainda que em benefício desses mesmos servidores.
> 2. As ações relativas à assistência e saúde desenvolvidas em prol dos servidores efetivos dos Estados, Distrito Federal e Municípios deve ser custeada através de tributos não-vinculados.
> 3. Remessa obrigatória conhecida e desprovida.
> (Apelação Cível nº 2000.0127.4583-0/1, 2ª Câmara Cível, Rel. Desª. Gizela Nunes da Costa, DJ 21/05/2008)

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. REEXAME NECESSÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. SERVIDORA PÚBLICA MUNICIPAL INATIVA. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DO SISTEMA DE SAÚDE. INSTITUIÇÃO PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA. ART. 149, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPULSORIEDADE

INDIRETA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. SENTENÇA MANTIDA.
1. Os Municípios não podem instituir e cobrar de seus servidores contribuição social destinada ao custeio do sistema de saúde. De acordo com a interpretação restritiva da norma do art. 149, § 1º, da Constituição Federal, atribui-se aos entes federados tão-somente a competência para instituição de contribuição destinada à previdência social, não pertencendo, pois, a assistência médica ao conceito de previdência ou regime previdenciário. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça.
2. Como o § 5º do art. 5º da Lei Municipal nº 8.409/99 estabeleceu que a contribuição para assistência à saúde tivesse caráter facultativo, a ausência de manifestação da autora requerendo sua exclusão do programa, não autoriza o desconto compulsório da contribuição.
3. Sentença mantida em reexame necessário.
(Apelação Cível nº 2006.0004.6080-0/1, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, DJ 25/11/2008)

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. DESCONTO COMPULSÓRIO DE 2% SOBRE OS VENCIMENTOS DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL A TÍTULO DE CUSTEIO DE SERVIÇO ASSISTENCIAL DE SAÚDE DOS SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. DESCONTO INDEVIDO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE NATUREZA TRIBUTÁRIA OU PREVIDENCIÁRIA, BEM COMO DA FALTA DE FRUIÇÃO DO SERVIÇO, SENDO DESCONTADO ALÉM DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 11%, NÃO POSSUINDO A MESMA NATUREZA DESTA. PLEITO ANTECIPATÓRIO DEVIDO, NÃO SE ENQUADRANDO NAS HIPÓTESES LEGAIS DE VEDAÇÃO DE MEDIDAS LIMINARES CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO DE 1º GRAU MANTIDA.
(Agravo de Instrumento 2004.0006.7665-2/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Sales Neto, DJ 24/08/2007)

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL. CONTRIBUIÇÃO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE REVESTIDA DE CARÁTER COMPULSÓRIO PROVENIENTE DE LEI MUNICIPAL. DESCONTO INDEVIDO. AFRONTA AO § 1º, DO ART. 149, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESE NÃO ENQUADRADA AO ART. 1º LEI Nº 9.494/97. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 273, CPC. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE FAZER CESSAR OS RECOLHIMENTOS MENSAIS. INOCORRÊNCIA. PRESTAÇÕES DE TRATO SUCESSIVO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 85 DO STJ.
1 - No presente caso, o agravante, servidor municipal, tem descontado mensalmente de seu cheque-salário o valor correspondente ao "fortaleza saúde-IPM", a título de contribuição de assistência à saúde, sem a sua anuência. Embora o recorrido alegue a facultatividade da contribuição, a impossibilidade de desvincular-se desse pagamento revela a sua

> compulsoriedade factual.
> 2 - Aos Estados, Distrito Federal e Municípios somente compete a instituição de contribuição compulsória aos seus servidores se de caráter previdenciário, não cabendo a sua criação no tocante à assistência à saúde, conforme disposição do art. 149, § 1º, da CF.
> 3 - A concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública é admitida quando não confronta a Lei nº 9.494/97, a qual deve ser dada interpretação restrita e, da mesma forma, quando preenche os requisitos previstos no art. 273, CPC, como demonstra o caso em tela.
> 4 - A prescrição não afeta o direito do agravante, visto que nas relações jurídicas de trato sucessivo contra a Fazenda Pública apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação são atingidas, conforme disposto na súmula 85 do STJ. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO REFORMADA.
> (Agravo de Instrumento 25619-75.2009.8.06.0000/0, Rel. Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima, Quarta Câmara Cível, julgado em 02/02/2011)

No mesmo sentido a jurisprudência da Corte Uniformizadora Infraconstitucional:

> CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO CUSTEIO DE SISTEMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. CARÁTER COMPULSÓRIO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.
> 1. Cuida-se de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança interposto pela Associação dos Magistrados do Estado de Minas Gerais - Amagis contra acórdão proferido pelo TJMG segundo o qual: A CF vigente não admite a cobrança de contribuição previdenciária sobre proventos de aposentadoria e pensão, sendo, portanto, inconstitucional lei que autorize ditas cobranças. Não há, contudo, vedação constitucional à cobrança de contribuição que visa custear os serviços de saúde prestados pelo Ipsemg. (fl. 153).
> Nesta via recursal, sustenta a parte recorrente que: a) o art. 195, II, da CF/88 proíbe a contribuição social sobre aposentadoria e pensão, de forma genérica, assim abrangendo todo tipo de contribuição social, indistintamente, inclusive a contribuição para o custeio da saúde; b) a regra do art. 149, § 1º, da Carta Constitucional autoriza os estados e municípios a instituir contribuição a ser cobrada de seus servidores apenas para o custeio de previdência e assistência social, excluindo, dessa forma, a contribuição para a saúde; c) o parágrafo 12º do art. 40 da Constituição da República refere-se a regime de previdência de caráter contributivo apenas para os servidores titulares de cargos efetivos, o que não deve ocorrer com os aposentados, cujas aposentadorias estão amparadas por atos jurídicos perfeitos. Requer, por fim, a concessão integral da segurança no que toca à suspensão da cobrança relativa à contribuição de saúde de que trata o art. 85 e § 1º, da LC n. 64/2002 e pagamento das parcelas vencidas a partir da impetração da ação. Contra-razões pelo Ipsemg (fls. 188/196) alegando, em síntese, que deve ser dada à saúde o mesmo tratamento que é feito para a previdência e à assistência social fornecida pelos Estados-membros, visto

que todos estão previstos nos mesmos dispositivos constitucionais. Parecer do Ministério Público Federal opinando pelo desprovimento do recurso ordinário.
2. Entendimento deste Tribunal de que é vedada a cobrança compulsória de contribuição destinada ao custeio de serviços de assistência à saúde. Precedentes: RMSs 12811/PR, DJ de 11/12/2006, 15.681/MS, DJ de 01/12/2003, 16.139/PR, DJ de 03/10/2005.
3. Por ocasião do julgamento do RMS 21.061/MG, da relatoria do eminente Ministro Teori Albino Zavascki, a Primeira Turma deste Tribunal registrou o seguinte posicionamento: 2. Nos termos do art. 149 § 1º da Constituição Federal, os Estados estão legitimados a instituir "contribuição, cobrada de seus servidores, para custeio, em benefício destes, do regime previdenciário de que trata o art. 40 (...). Não está incluída nessa autorização a cobrança de contribuição para o custeio dos serviços de saúde, que, portanto, não pode ser imposta compulsoriamente.
(...). Portanto, não está recepcionada pelo atual regime constitucional o § 5º do art. 85 da Lei Complementar Estadual 64/02, do Estado de Minas Gerais, que conferiu compulsoriedade à cobrança de contribuição com essa finalidade.
4. Destaco, outrossim, que o tema dos autos vem sendo discutido no STF (ADI n. 3106-MG) no qual os eminentes Ministros Eros Grau (Relator), Joaquim Barbosa e César Peluso (voto-vista), estes últimos com posição na mesma linha de pensar adotada pelo eminente Relator, que em seu pronunciamento registrou: "Sobre o artigo 85, o ministro considerou que a instituição de um "plano de saúde complementar" com alcance social é relevante, porém, o Estado não pode determinar que sua adesão seja obrigatória, devendo permitir que o servidor o faça de modo voluntário. Assim Eros Grau declarou a inconstitucionalidade das expressões "definidos no artigo 79" e "compulsória" do artigo 85, parágrafo 4º, da Lei Complementar. (Fonte: site do STF, 17/05/2007).
5. Embora o julgado acima referido não tenha sido finalizado (aguardando-se o voto-vista da eminente Min. Cármen Lúcia e demais Ministros) o entendimento externado sinaliza para a viabilidade do pleito, nos termos em que assentado na jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça.
6. Recurso ordinário provido.
(RMS 18.422/MG, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª Turma, DJe 06/03/2008)

Ex positis, conheço do presente agravo de instrumento para, em desarmonia com o douto opinativo da Procuradoria Geral de Justiça, negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 23 de fevereiro de 2011

PROCESSO Nº 0002330-84.2007.8.06.0000/0
NATUREZA: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
AGRAVADO: AUTOPARK ESTACIONAMENTOS AUTOMOTIVOS LTDA.
AÇÃO DE ORIGEM: AÇÃO DECLARATÓRIA.
LOCAL DE ORIGEM: 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA.
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE. PEDIDOS IDÊNTICOS NA AÇÃO ORIGINAL E NO RECURSO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO - SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. FORMALIDADE DA DECISÃO - REQUISITOS OBSERVADOS - MANUTENÇÃO DA LIMINAR QUE SE IMPÕE. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Trata-se de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo para devolver a eficácia de lei municipal, cuja constitucionalidade constitui o mérito da ação original.

2. Em sede de agravo de instrumento não cabe a análise de matérias afeitas à decisão final e terminativa a ser proferida pelo juízo '*a quo*', sob pena de supressão de instância e prejulgamento da causa.

3. Se a decisão liminar observou os requisitos necessários à concessão da antecipação e os demais critérios do perigo da demora e do bom direito, impõe-se sua manutenção, mormente se a matéria tratada no recurso constitui o mérito da demanda original. AGRAVO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 0002330-84.2007.8.06.0000/0, em que figuram as partes retro indicadas, ACORDA a 2ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, de acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Fortaleza contra decisão do Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza – Ceará, nos autos da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade de Lei Municipal que o agravado promove contra a agravante – fls. 02/40.

Aduz o agravante que o nobre magistrado presidente do feito exarou decisão nos autos do processo de origem antecipando os efeitos da tutela pretendida para sustar a eficácia da Lei Municipal nº 9.149/07, cuja inconstitucionalidade pretende ver declarada ao final da demanda.

A decisão agravada suspendeu a eficácia da lei mencionada permitindo, assim, a cobrança generalizada de utilização de vagas de garagem em estabelecimento bancário, concedendo o provimento antecipatório por reconhecer a presença de dano irreparável, ou de difícil reparação, ao autor, aqui agravado, se não fosse efetuada a arrecadação contratada com a instituição financeira – fls. 41/44.

Em suas razões o município agravante discorre longamente sobre a competência do município em legislar sobre problemas locais, em conformidade com o direito de propriedade e sua função social, os quais, nesse caso, cedem ao interesse coletivo e se submetem à tutela estatal.

O município recorrente apresenta, ainda, jurisprudências da Suprema Corte e teses jurídicas consolidadas para fazer prevalecer seus argumentos. Disserta, então, acerca das competências constitucionais dos entes públicos para legislar e, alegando o '*periculum in mora inverso*' em favor do município requer a tutela recursal para que seja atribuído, liminarmente, efeito suspensivo à decisão agravada, e ainda, no mérito, o provimento definitivo do agravo de instrumento interposto.

Junta aos autos copiosa documentação, dentre as quais destaco cópias da decisão agravada (fls. 41/44) e peças da demanda originária (fls. 45/154).

Em despacho, a douta Desembargadora Gizela Nunes Costa, julgando prudente, deixou de apreciar a liminar requerida, determinando a manifestação da parte agravada e da Procuradoria Geral de Justiça, além de requisitar as informações pertinentes ao magistrado do feito original – fl. 159.

Contrarrazões do recurso, pelas quais a parte agravada pretende, inicialmente, que seja transformado o agravo para a modalidade retida, porquanto, em sua visão, o município, embora afirmasse a existência de dano irreparável não especificou, e nem comprovou, qual lesão estaria afeita ao erário municipal se restasse mantida a decisão – fls. 162/175.

Pelas mesmas razões, falta de comprovação e especificação de lesão irreparável, o recorrido alega a impossibilidade de ser concedido o efeito suspensivo pretendido.

No mérito, o agravado, da mesma forma que o agravante, discorre sobre as competências constitucionais dos entes públicos para legislar, destacando ser da União a prerrogativa para emitir leis referentes ao direito civil e comercial, sobre locação de vagas autônomas, além de matéria sobre o direito de propriedade, demonstrando a inconstitucionalidade da lei municipal aqui discutida.

Assevera o agravado que a lei municipal viola direitos constitucionais de liberdade de contratar, da livre iniciativa e da livre concorrência, ressaltando, ainda, que a decisão agravada foi pautada na verossimilhança e no perigo de dano irreparável, não

merecendo reforma.

Requer, liminarmente, a conversão do agravo para a modalidade retida e, no mérito, a improcedência do recurso para que seja mantida a decisão com todos os seus efeitos.

Informações do magistrado da causa, esclarecendo que a decisão se fundamentou na verossimilhança do direito alegado, consubstanciada na aparente inconstitucionalidade da lei municipal tendo em vista decisão do STF na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.918/2001 da Lei nº 4.711/92 do estado do Espírito Santo acerca da mesma matéria – fls. 180/181.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça, pela qual, após discorrer sobre o uso e ocupação do solo urbano e suas restrições, expressa sua concordância sobre o direito do município em legislar sobre temas locais, incluído a matéria em comento, além de considerar lesivo ao consumidor o pagamento exigido para utilização do estacionamento que, em sua ótica, por sua natureza, deveria ser gratuito. Pugna, ao final, pelo conhecimento e provimento do recurso – fls. 184/194.

É, no que interessa, o relatório.

Peço pauta para julgamento.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o recurso apresenta os requisitos para sua propositura, merecendo, assim, apreciação.

Como relatado, pretende o agravado, na origem, a inconstitucionalidade de lei municipal que impede a cobrança pecuniária sobre a utilização de vagas de garagem em estabelecimento bancário.

Na demanda originária o magistrado concedeu a antecipação da tutela sustando a eficácia da lei municipal acima mencionada até a apresentação da contestação, quando então se daria nova apreciação para a manutenção, ou não, da referida decisão.

No presente recurso o agravante se insurge contra o despacho que suspendeu a eficácia da lei municipal, e, em seu pedido, pretende que seja cassada "em definitivo a eficácia da decisão monocrática agravada, permitindo aos órgãos governamentais de Fortaleza exercerem suas prerrogativas e funções constitucionais e legais" (sic).

Para tanto, o município agravante produz argumentações voltadas à constitucionalidade da lei municipal e à sua competência para legislar acerca da matéria discutida, qual seja, a locação de vagas de garagem em estabelecimentos bancários.

Ou seja, na verdade, ao solicitar o efeito suspensivo da decisão que antecipou a tutela no processo original a pretensão da agravante é manter a eficácia da lei municipal.

Ora, a pretensão final na ação original é exatamente a mesma!

É o que se destaca do "Pedido final" apresentado pelo promovido, aqui agravante, em sua contestação, que expressa o seguinte: "Por todas as razões expostas,

espera e requer o Município de Fortaleza que Vossa Excelência, em juízo de retratação, revogue e casse a tutela de urgência deferida *initio litis* em favor da empresa autora; no mérito, ao final, requer seja julgado improcedente, em sua totalidade, o pedido vestibular, mantendo íntegra a constitucionalidade das normas municipais atacadas, condenações de estilo, máxime verba honorária, arbitrada em seu *plus*." (sic).

Observa-se, assim, que o agravante deseja, na ação original, a manutenção da eficácia da lei pelo reconhecimento de sua constitucionalidade, e, no mérito do recurso, também a manutenção da eficácia da lei pela suspensão da decisão agravada.

Verifica-se, ainda, que a fundamentação da ação original se confunde com os argumentos trazidos ao recurso, porquanto se referem à competência dos entes públicos para legislar sobre matérias específicas, incluindo o direito civil, comercial, de propriedade e sobre interesses locais.

Tal verificação é corroborada pela comparação entre a petição inicial do recurso (fls. 02/40) e a peça contestatória da ação original (fls. 45/87), as quais se mostram exatamente iguais, ressalvados raríssimos parágrafos, como, por exemplo, a inserção da alínea iniciada por 'Litisconsórcio Ativo Unitário' à fl. 09 e dos capítulos 'Ausência dos requisitos ensejadores da medida liminar no mandado de segurança' e 'Da necessidade de concessão da tutela recursal' às fls. 38/39, todas da petição inicial do recurso.

Outra diferença, embora mínima, que pode ser identificada entre as peças mencionadas é a inserção da alínea referente à "...crítica feita por Jussara Meirelles" à fl. 52 e do parágrafo final da fl. 85, além dos dois parágrafos iniciais da fl. 86, todas da peça contestatória da ação de origem.

No mais, ambas as peças se mostram exatamente iguais em todos os termos e parágrafos. Porém, ante os pedidos idênticos, tanto na demanda como no recurso, não há como apreciar o mérito da ação original em sede de agravo, dada as limitações do recurso.

É que a mesma matéria, submetida a ambas as instâncias, ainda não foi apreciada no primeiro grau, e se restar decidida através do recurso caracteriza supressão da instância e prejulgamento da causa.

Reproduzo adiante orientações deste Sodalício acerca da questão.

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - ENTIDADE FILANTRÓPICA - DEFERIMENTO - DESCABIMENTO DE PROVA DA HIPOSSUFICIÊNCIA - PRESUNÇÃO *JURIS TANTUM* - PRELIMINAR ACOLHIDA - AGRAVO RETIDO PROVIDO - CONDENAÇÃO EM LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO JUÍZO *A QUO* - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO PELO TRIBUNAL *AD QUEM*, SOB PENA DE CARACTERIZAR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. […];
>
> 2. Com relação ao pedido de condenação da parte Apelada em litigância de má-fé, tenho que o recurso de apelação não deve ser conhecido, uma vez que tal questão não foi objeto de análise pela decisão combatida, o que

> inviabiliza o seu conhecimento neste momento pelo Tribunal *ad quem*, sob pena de implicar supressão de instância.
> 3. Agravo retido provido.
> 4. Apelação conhecida em parte e nessa extensão, parcialmente provida.
> 5. Sentença desconstituída."
> (TJCE; Apelação nº 70406810200080600011; Rel.: Maria Nailde Pinheiro Nogueira; Comarca: Fortaleza; Órgão: 2ª Câm. Cível; Registro: 01/12/2011).

> "Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTIMAÇÃO DO *PARQUET* ACERCA DE PROVIDÊNCIA A SER ADOTADA EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. CARTA PRECATÓRIA. JUÍZO DIVERSO DO PREVISTO NO CÓDIGO DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA LOCAL PARA IMPLEMENTAR ESSA MEDIDA. FINALIDADE DO ATO DEVIDAMENTE ATINGIDA. AUSÊNCIA DE NULIDADE. ART. 244, CPC. NÃO ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS DA AÇÃO ORIGINÁRIA. ALEGADA VIOLAÇÃO DE PRERROGATIVA FUNCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. LIMITES DA COGNIÇÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. […]; 2. […];
> 3. Em sede de agravo de instrumento, a apreciação da questão jurídica trazida ao colegiado cinge-se aos pressupostos pertinentes à concessão da tutela jurisdicional liminar, vedando-se a análise de matérias afeitas à decisão final e terminativa a ser proferida pelo juízo 'a quo', sob pena de supressão de instância e prejulgamento da causa.
> 4. Agravo de instrumento conhecido e desprovido."
> (TJCE; Agravo de Instrumento 885344200980600000; Rel.: Fernando Luiz Ximenes Rocha; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 16/11/2011).

Assim, entendo que a apreciação do mérito do recurso resta prejudicado ante as considerações aqui expostas.

Por outro lado, reconheço haver pertinência quanto ao pedido contido no agravo de instrumento para apreciar a validade da decisão sob o aspecto formal.

Nesse sentido, a fundamentação da decisão, como evidenciado pelo magistrado em suas informações (fls. 180/181), consistiu na verificação da verossimilhança do direito alegado considerando decisão da Suprema Corte sobre a inconstitucionalidade de lei estadual que regia a mesma matéria.

Portanto, cabe razão ao magistrado em, exercitando o poder de cautela inerente ao *múnus* judicante, suspender a eficácia da lei municipal que, em tese, poderia estar em desacordo com as diretrizes constitucionais.

Além disso, deve ser considerado, tanto para a antecipação da tutela requerida como para a apreciação do presente recurso, os demais requisitos que autorizam a concessão da tutela de forma liminar.

Assim, dentre os argumentos trazidos pelos litigantes, destaco a justificativa

do *perigo da demora* levantado pelo autor, aqui agravado, e do mesmo requisito, desta feita de modo *inverso*, aludido pelo município agravante.

O autor, para a concessão da antecipação pretendida, alegou a existência de prejuízo financeiro, uma vez que a eficácia da lei não lhe permitia a cobrança dos valores contratados com o estabelecimento bancário, enquanto o promovido, aqui agravante, alega, no requerimento final do recurso, grave lesão e de difícil reparação à ordem pública municipal.

Ora, a conclusão do agravante não deve prevalecer, porquanto tal *perigo inverso* de prejuízo à ordem pública carece de análise aprofundada por decorrer, em meu pensar, de entendimento subjetivo, enquanto o dano causado ao agravado se mostra de imediato se não for procedida a arrecadação pela utilização das vagas disponibilizadas.

Patente, então, que a decisão se pautou pelas normas contidas no artigo 273 .do CPC, quanto à verossimilhança do direito alegado e quanto aos requisitos necessários à sua concessão de forma antecipada, merecendo serem mantidos os seus efeitos até o deslinde da questão de fundo trazida à apreciação do judiciário.

Portanto, conheço do agravo de instrumento interposto por seus requisitos, mas, no mérito e contrário ao parecer ministerial, NEGO PROVIMENTO ao recurso para manter a decisão que suspendeu a eficácia da Lei Municipal nº 9.149/2007 até que se aprecie sua constitucionalidade pelo controle difuso na forma pretendida.

É como voto.

Fortaleza, 10 de abril de 2013.

PROCESSO Nº 28513-97.2004.8.06.0000/0.
NATUREZA: AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: ICAPEL – ICAPUÍ PESCA LTDA.
AGRAVADO: PROCAPUÍ – PRODUTORES DE CAMARÕES ICAPUÍ LTDA.
AÇÃO DE ORIGEM: AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA RELATIVA. FORO DE ELEIÇÃO. CONTRATO FIRMADO ENTRE EMPRESAS. AUSÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA. INAPLICABILIDADE DAS REGRAS DE PROTEÇÃO CONSUMERISTA A QUALQUER DAS PARTES. RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO.

1. O foro de eleição contratual, na espécie, rege a relação entre duas empresas de grande porte, não se aplicando ao caso as regras de proteção do Código de Defesa do Consumidor.

2. Não se tratando, ademais, de pacto de adesão, nem se indicando condições objetivas para a rejeição do juízo do foro contratual, não há fundamento para se reformar a decisão de primeiro grau que prestigiou a cláusula contratual, em detrimento do foro do domicílio do réu ou do lugar em que seria cumprida a obrigação. Precedentes.

3. Agravo desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 28513-97.2004.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas,

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

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto para reformar decisão prolatada pela MM Juíza de Direito da 20ª Vara Cível desta Comarca de Fortaleza, que julgou improcedente exceção de incompetência.

Alega a agravante que a decisão singular contém equívoco, porquanto entendeu que o foro de Fortaleza é competente para a solução do litígio, em detrimento das regras do art. 100, inciso IV, alíneas "a" e "b", do Código de Processo Civil.

Explica na sequência que o foro de Icapuí, domicílio da ré e do lugar do cumprimento da obrigação, é o competente para a causa, porque a obrigação é real, e assim dispõe o art. 93, da lei instrumental civil.

Anota que existe contrato firmado entre as partes e nele foi eleito o foro de Fortaleza para a solução do litígio. No entanto, deve ser afastada a cláusula de eleição do foro porque firmada em prejuízo da agravante.

Alude a recorrente, em seu prol, jurisprudência pertinente à ação de indenização, em que o foro contratual é afastado para se prestigiar a comarca do domicílio do réu.

Junta aos autos farta documentação, incluindo cópia da decisão agravada – fls. 17/20.

Este Relator, por medida de prudência, deixou para apreciar a suspensividade após as informações pertinentes e manifestações do agravado e do órgão ministerial – vide fl. 69.

Informações da Magistrada da causa – fls. 73/74.

Sem contrarrazões da agravada, conforme certidão de decorrência de prazo de fl. 81.

Manifestação da Procuradoria Geral de Justiça pugnando pelo desprovimento do agravo de instrumento, por não ver nenhum motivo para o desprestígio do foro de eleição, fls. 84/89.

É o breve relatório.

VOTO

De fato, a decisão de primeiro grau entendeu, a meu juízo com acerto, que se as partes elegeram em negócio privado de efeito patrimonial, foro para a solução do litígio, não se pode, em regra, modificar esta deliberação contratual, dado que ocorreu na espécie uma convergência de vontades.

Ademais disso, o princípio da autonomia da vontade neste caso em que litigam duas empresas, remete à ausência de parte mais fraca, não pode ser afastado sem motivo razoável.

Este entendimento também foi indicado pela douta Procuradoria Geral de Justiça que não encontrou nenhuma causa para se reformar o *decisum* singular.

A agravante, é fato, cita as disposições da lei e diz que seu domicílio é o local do cumprimento da obrigação. No entanto, a simples indicação normativa não serve de motivação para a reforma da decisão atacada.

Sob esta análise da matéria, não existem elementos objetivos nos autos para motivar o fato da agravante rejeitar o juízo da comarca de Fortaleza para a solução da lide.

Ao revés, não se trata de contrato de adesão e o pacto não é regido pelo Código de Defesa do Consumidor. Por demais, somente o valor da multa contratual, fl.

40, é da ordem de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), demonstrando a capacidade financeira das partes.

Assim, aplico ao caso os seguintes precedentes da Corte Superior de Justiça que bem retratam a situação jurídica da recorrente:

> "PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. CLÁUSULA VÁLIDA. EXPRESSIVO VALOR DO CONTRATO. CAPACIDADE DA EMPRESA LITIGAR EM COMARCA DIVERSA DA SUA SEDE.
> 1. (... *omissis...)*.
> 2. O expressivo valor do contrato indica a capacidade econômica da exequente e demonstra a possibilidade de que possa exercer o seu direito de ação no foro contratualmente eleito.
> 3. a 4. (... *omissis...)*.
> 5. Recurso especial conhecido em parte e provido.
> (REsp 961.326/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 29/03/2010)".
>
> "PROCESSO CIVIL. (... *omissis...)*. REJEIÇÃO DA EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA.
> 1. a 4. (... *omissis...)*.
> 5. A cláusula que estipula eleição de foro em contrato de adesão é, em princípio, válida, desde que seja verificada a necessária liberdade para contratar (ausência de hipossuficiência) e a não inviabilização de acesso ao Poder Judiciário. Precedentes.
> 6. O porte econômico das partes quando da celebração do contrato e a natureza e o valor da avença são determinantes para a caracterização da hipossuficiência. Verificado o expressivo valor do contrato, não há que se falar em hipossuficiência.
> 7. a 8. (... *omissis...)*.
> 9. Recurso especial não provido.
> (REsp 1073962/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA,
> julgado em 20/03/2012, DJe 13/06/2012)

Assim, pelo exposto, conheço do presente agravo de instrumento, por seus requisitos, mas, em conformidade com o parecer ministerial, nego-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 30 de Janeiro de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 6832-32.2008.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ORGANIZAÇÃO GUIMARÃES LTDA.
AGRAVADO: MARIA NILCE RODRIGUES DA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. PROPOSITURA CONTRA A EMPRESA CONCESSIONÁRIA DO SERVIÇO PÚBLICO ESSENCIAL DE TRANSPORTE COLETIVO DE PESSOAS E O MOTORISTA DO ÔNIBUS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO E UNITÁRIO. ADOÇÃO DO RITO ORDINÁRIO. CITAÇÃO DOS RÉUS. TRANSCURSO DO PRAZO PARA A APRESENTAÇÃO DE DEFESA PELO SEGUNDO PROMOVIDO. CONVERSÃO PARA O PROCEDIMENTO SUMÁRIO. RECONHECIMENTO DA REVELIA DO CÓ-RÉU. DESNECESSIDADE DE CONFECÇÃO E DO CUMPRIMENTO DE NOVO MANDADO DE CITAÇÃO E DE OUTRA OPORTUNIDADE PARA CONTESTAR OS PEDIDOS AUTORAIS.

I – A decisão que decreta a revelia apenas reconhece uma situação de fato que repercute no patrimônio jurídico-processual da parte, não necessitando de maiores fundamentações, podendo ser concisa, nos moldes previstos no art. 165, segunda parte, do CPC. Inexistência de prejuízo processual para o litisconsorte que não foi atingido pela revelia, pois permitiu o manejo do recurso adequado e a necessária intelecção do ato judicial guerreado, exercitando, em seguida, o seu legítimo direito fundamental à recorribilidade.

II – No mérito, trata-se de ação indenizatória por acidente de trânsito, proposta, mediante litisconsórcio necessário e unitário, em face da concessionária do serviço público de transporte coletivo de pessoas e do motorista do ônibus, sendo requisito de validade da sentença a citação de todos os litisconsortes *ex vi* do art. 47, *in fine,* do Código de Processo Civil.

III – A lide de origem tramitou, de início, sob o procedimento ordinário, ocasião na qual foram citados os promovidos (agravante e có-réu), sendo que este último deixou transcorrer, *in albis,* o prazo de que dispunha para apresentar a sua defesa.

IV – Posteriormente à transcorrência do prazo para a contestação do segundo réu, o rito processual foi convertido para o sumário, tencionando, na oportunidade, o levantamento da revelia do motorista do veículo de transporte coletivo ante a necessidade de se repetir a sua citação e do oferecimento de novo prazo para contraditar a peça de intróito.
V - Consumada a revelia do réu José Felipe Nogueira quando o processo ainda tramitava sob o procedimento ordinário, embora somente decretada judicialmente após a conversão para o rito sumário, concluo que não se pode repetir o ato citatório para que o promovido comparecesse à audiência de conciliação e tivesse nova oportunidade de apresentar contestação.
VI - Hígido, portanto, o reconhecimento da revelia e a citação do réu José Felipe Nogueira, tal como apresentada às fls. 104-verso e 105, assim como a obediência à norma do art. 47, segunda parte, do Código de Processo Civil.
VI – Em excerto doutrinário que reproduz conclusão adotada no V Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, verifica-se que: "a) inexiste, para as partes ou para o juiz, a faculdade de substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário, submetendo a causa a este quando a lei prescreve aquele; b) contudo, a erronia do rito não conduz à invalidade do processo, devendo-se aproveitar todos os atos realizados; c) relativamente aos atos processuais ainda não consumados no momento em que se constata a inadequação do rito, deve ser o procedimento sumaríssimo adotado, nada importando o estágio de andamento e o grau de jurisdição em que se ache o feito" (Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Código de Processo Civil e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. 11ª edição, pg. 566).
Agravo de instrumento conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº 6832-32.2008.8.06.0000/0, 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 recurso e desprover-lhe, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pela sociedade empresarial Organização Guimarães Ltda. objetivando a reforma da interlocutória de fl. 11, proferida pelo Juiz de Direito da 8ª Vara Cível desta Comarca na ação de reparação de danos nº 2000.0121.7189-9 e que decretou a revelia do segundo réu – José Felipe Nogueira -, assim como esclareceu que o pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional fora negado no despacho de fl. 120 dos autos principais.

O agravante pretende ver modificado o *decisum,* suscitando, em síntese, que ao prolatar a decisão o Nobre Julgador não fundamentou, sendo passível de nulidade. Destarte, a decisão em tela vai de encontro ao art. 93, inciso IX da Constituição Federal.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 11/199.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl. 205)

Informes à fl. 209.

A contraminuta não foi apresentada no prazo legal (fl. 211).

É o relato.

VOTO

Recurso tempestivo.

Em preliminar, a agravante sustenta que o *decisum a quo* é desprovido de motivação, violando o art. 93, IX, da CRFB.

Entretanto, o reconhecimento da revelia do segundo promovido atende a uma constatação fática, já constante de ato judicial anterior, repousante à fl. 157, não demandando, para a sua prolação e validade no aspecto jurídico-constitucional de maiores delongas, pois, mesmo que se considere sucinta, tal como permite o art. 165, segunda parte, da Lei Adjetiva Civil, permitiu à agravante a devida compreensão e o manejo do recurso adequado para a sua impugnação.

Preliminar que resta afastada.

No mérito, a interlocutória *a quo* reconheceu a revelia do segundo promovido, José Felipe Nogueira, notadamente o condutor do veículo de transporte coletivo que ocasionou o acidente de trânsito que suportou a propositura da ação indenizatória de origem, considerando, ademais, que a recorrida figura como concessionária do serviço público essencial.

Sustenta a recorrente que contra o segundo réu, motorista do ônibus de sua

propriedade, foi aplicada a revelia.

A lide revela que o litisconsórcio passivo tem natureza necessária e unitária, pois a natureza da relação jurídica que envolve os dois réus implicará em sentença que decidirá de maneira uniforme para todos os que estão relacionados no polo passivo.

Desta feita, o art. 47, segunda parte, impõe que "a eficácia da sentença dependerá da citação de todos os litisconsortes no processo".

Do exame dos documentos colacionados aos fólios, depreende-se que a ação tramitou inicialmente sob o rito ordinário, determinando, o Juiz da causa, a citação do réu José Felipe Nogueira em 25/04/2003, conforme peças de fls. 104-verso e 105. O mencionado promovido nada apresentou.

O magistrado processante, entretanto, apreciando a natureza da causa, decidiu chamar o feito à ordem e transformar o rito para o procedimento sumário, consistindo, a alegação recursal, na necessidade de se repetir o ato de citação do segundo réu para a audiência de conciliação, oportunidade na qual, inexistindo transação, seria apresentada a defesa.

Acredito que esta não é a solução que melhor atende à norma processual civil, pois a oportunidade para que o segundo réu oferecesse a sua contestação foi exaurida, em sua pleniture, quando do cumprimento do mandado citatório tal como se dessume das peças de fls. 104-verso e 105.

A conversão posterior do rito ordinário (ocasião na qual foi cumprido o mandado citatório) para o sumário aproveita todas os atos já realizados e consumados, como, na presente hipótese, se apresenta a citação do réu José Felipe Nogueira, e o decurso *in albis* do prazo para a defesa.

Neste sentido as conclusões doutrinárias a que chegaram os quinto e sexto Encontros Nacionais de Tribunais de Alçada, transcritos da obra da lavra de Nelson Nery Junior e de Rosa Maria de Andrade Nery:

> Conversão de rito. VI ENTA 51: "O procedimento não fica à escolha da parte, devendo o juiz determinar a conversão quando possível. Contudo, em se tratando de causa na qual o procedimento sumaríssimo seria o adequado, não se deve decretar a nulidade se foi observado o procedimento ordinário (CPC 244 e 250, par.ún.).
>
> Conversão de rito. V ENTA 19: "a) Inexiste, para as partes ou para o juiz, a faculdade de substituir o procedimento sumaríssimo pelo ordinário, submetendo a causa a este quando a lei prescreve aquele; b) contudo, a erronia do rito não conduz à invalidade do processo, devendo-se aproveitar todos os atos realizados; c) relativamente aos atos processuais ainda não consumados no momento em que se constata a inadequação do rito, deve ser o procedimento sumaríssimo adotado, nada importando o estágio de andamento e o grau de jurisdição em que se ache o feito".
> (*in:* Código de Processo Civil e Legislação Extravagante. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010. 11ª edição, pg. 566.

Portanto, consumada a revelia do segundo réu quando o processo ainda tramitava sob o procedimento ordinário, embora somente decretada judicialmente após a conversão para o rito sumário, concluo que não se pode repetir o ato citatório para que o promovido José Felipe Nogueira comparecesse à audiência de conciliação e tivesse nova oportunidade de apresentar contestação.

Hígido, portanto, o reconhecimento da revelia e a citação do réu José Felipe Nogueira, tal como apresentada às fls. 104-verso e 105, assim como a obediência à norma do art. 47, segunda parte, da Lei Adjetiva Civil.

De outra sorte, verifica-se que a revelia do segundo demandado em nada prejudicará a apreciação das teses defensivas apresentadas pelo ora recorrente, tendo o agravo em destrame apenas o intuito de decidir acerca da validade da futura sentença, tal como prevê o preceptivo legal antes nomeado.

Ante o exposto, conheço do agravo, mas para negar-lhe provimento.

É como voto.

Fortaleza, 26 de janeiro de 2011.

PROCESSO: Nº 0077137-02.2012.8.06.0000
RECURSO: AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL
ORIGEM: 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA-CE
AGRAVANTE: UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA
AGRAVADA: ANTÔNIA DE LIMA COSTA
ÓRGÃO JULGADOR: 3ª CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. PLANO DE SAÚDE PRIVADO. ATENDIMENTO *HOME CARE* POR PROFISSIONAIS ESPECIALIZADOS NA ÁREA DE SAÚDE, MÉDICO, ENFERMEIRA, NUTRICIONISTA, FISIOTERAPEUTA E ACOMPANHAMENTO POR AUXILIAR DE ENFERMAGEM. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO CONTRATUAL DOS PROCEDIMENTOS LIMINARMENTE CONCEDIDOS. IMPROCEDENTE. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A controvérsia dos autos está restrita à tutela antecipatória concedida à segurada de plano de saúde privado, determinando que a UNIMED "*forneça ou arque com todas as despesas necessárias a recuperação da promovente no seu ambiente familiar (sistema home care), com assistência 24 horas de uma enfermeira, médico, nutricionista e supervisão de cuidador treinado, bem como fisioterapia e fonoterapia, três (03) vezes por semana, inclusive honorários da equipe médica"*.

2. A inclusão de pacientes em Programa *Home Care* é benefício ofertado pela, Unimed de Fortaleza, portanto, plenamente viável a concessão em prol da agravada levando-se em consideração o princípio fundamental do direito à vida.

3. O *Home Care* apresenta-se como alternativa de cuidados do enfermo no ambiente domiciliar, em substituição à internação tradicional hospitalar, diminuindo consideravelmente o risco de infecção, além da redução drástica dos custos do tratamento. Assim, não se pode negar ao usuário de plano de saúde o acesso a esse programa de assistência básica, incluindo-se aí os tratamentos determinados na tutela deferida.

4. A agravante aduz a exclusão dos procedimentos médicos do contrato da recorrida para internação domiciliar (*Home Care*).

A argumentação é contraditória, posto que se o plano de saúde oferece deliberadamente tal serviço, não pode simplesmente alegar exclusão de cobertura para fornecimento de algo ínsito a ele, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva e principalmente quando apresenta patente ofensa ao princípio do direito à vida.
5 – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, ACORDA a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Agravo de Instrumento Cível interposto por UNIMED DE FORTALEZA - COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA, em face da decisão interlocutória exarada nos autos da AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER COM PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA autorada por ANTÔNIA DE LIMA COSTA, que deferiu a medida tutelar antecipatória, ordenando que a promovida/agravante *"... dentro do prazo de 24 horas, forneça ou arque com todas as despesas necessárias a recuperação da promovente no seu ambiente familiar (sistema home care), com assistência 24 horas de uma enfermeira, médico, nutricionista e supervisão de cuidador treinado, bem como fisioterapia e fonoterapia, três (03) vezes por semana, inclusive honorários da equipe médica, haja vista a prescrição médica de fls. 20, sob pena de uma multa no valor de R$ 1.000,00 (um mil reais), por dia de descumprimento, na forma do art. 461, § 5° do C.P.C."*

Em suas razões recursais a agravante requer o efeito suspensivo à decisão agravada, sob o argumento da possibilidade de lesão grave e de difícil reparação ao seu patrimônio financeiro, posto que em caso de sagrar-se vitoriosa na ação principal, a segurada não terá condições de devolver os valores antecipados pela liminar atacada. Alega que não há previsão contratual para concessão dos procedimentos médicos hospitalares concedidos liminarmente. E por fim aduz a responsabilidade do Estado na prestação do serviço de internação médico residência (*home care*).

Ausentes as contrarrazões e as informações do magistrado da origem.

Este é o relatório, no que tem de essencial.

Inclua-se em pauta de julgamento.

Fortaleza-CE, 25 de janeiro de 2013.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em oposição à decisão interlocutória concessiva de liminar na qual foi deferido, em benefício da agravada, tratamento médico na modalidade *home care.*

A agravada afirma que é vinculada ao plano de saúde da recorrente desde o ano de 1996, e, que a partir do ano de 2004, vem sofrendo vários problemas de saúde, chegando ao estágio de necessitar de atendimento médico que foi requerido liminarmente na ação originária deste recurso, em vista da negativa da agravante em fornecer voluntariamente o serviço.

Então, o pleito restou satisfeito no juízo *primevo,* ensejando o aviamento do Agravo de Instrumento *sub examine.*

Em suas razões recursais a agravante pede antecipação de tutela fundada no suposto prejuízo financeiro que terá que arcar.

Em referência à alegação da agravante de que a Constituição Federal norteia em seu art. 196 que a saúde é dever do Estado, destaco que o art. 197 da mesma Carta Magna dispõe, *in verbis*:

> "São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

A Unimed de Fortaleza é pessoa jurídica de direito privado, e como tal assumiu a obrigação de execução de serviços de saúde, não podendo agora eximir-se da responsabilidade, sob color de ser do Estado tal atributo, máxime, quando firmou contrato como prestadora de serviço de saúde, sobejando-lhe a responsabilidade de arcar com ônus da internação domiciliar (tratamento *home care*).

O atendimento aos segurados de planos de saúde, na modalidade *home care*, é extensiva à prestação dos serviços contratados, segundo jurisprudência dominante deste Sodalício, destacando-se os arestos desta Câmara, *in verbis*:

> Agravo de Instrumento 618015200880600000
> Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 3ª Câmara Cível
> Data de registro: 03/08/2011
>
> **Ementa: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. TRATAMENTO DOMICILIAR, TIPO HOME CARE. NEGATIVA DA SEGURADORA DEMANDADA EM ARCAR**

COM OS CUSTOS. TUTELA ANTECIPATÓRIA DEFERIDA. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADOS. 1. A controvérsia a ser dirimida está restrita a possibilidade de fornecimento de acompanhamento domiciliar, tanto da parte médica, como multidisciplinar (terapia ocupacional, fonoaudiologia e fisioterapia) para paciente com quadro sequelar de hipoxia cerebral após ser vítima de afogamento, uma vez solicitado tal tratamento por médico. **2. O tratamento em domicílio é mera continuidade do tratamento hospitalar que de um lado retira os riscos das infecções hospitalares para o paciente e, de outro, libera espaço no nosocômio para outros necessitados. Não se está discutindo a necessidade de meros cuidados domiciliares, mas de internação domiciliar.** 3. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Apelação 10709336200780600011
Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES
Comarca: Fortaleza
Órgão julgador: 3ª Câmara Cível
Data de registro: 13/04/2011

Ementa: APELAÇÃO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. *HOME CARE*. FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO ENTERAL E ACOMPANHAMENTO POR AUXILIAR DE ENFERMAGEM. POSSIBILIDADE. ASTREINTES. REDUÇÃO DE OFÍCIO. 1.A controvérsia dos autos está restrita ao fornecimento de alimentação enteral e de acompanhamento por auxiliar de enfermagem ou cuidador de enfermos, uma vez que a inclusão do paciente no Programa Home Care foi feita pela própria Unimed de Fortaleza. **2.O *Home Care* é sucedâneo de internação hospitalar, não se tratando no caso da necessidade de meros cuidados domiciliares, mas de internação domiciliar. Assim, não se pode negar ao usuário desse programa a assistência básica de que ele disporia se estivesse de fato hospitalizado, incluindo-se aí o acompanhamento por auxiliar de enfermagem e a alimentação enteral industrializada. 3.A requerida alega a exclusão contratual para internação domiciliar (*Home Care*), mas na medida em que, deliberadamente, oferece tal serviço não pode simplesmente alegar exclusão de cobertura para fornecimento de algo ínsito a ele, sob pena de afronta ao princípio da boa-fé objetiva.** 4.Pode ser reduzido o valor das astreintes, inclusive de ofício, quando se mostrar exorbitante. Permissivo legal. Código de Processo Civil, art.461, § 6º. Precedentes do STJ. 5.Recurso conhecido, porém desprovido. Redução de ofício do valor das astreintes.

Ainda, no mesmo sentido, decisões de outras Câmaras Cíveis deste Egrégio, *in verbis*:

Agravo de Instrumento 976978200980600000
Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA
Comarca: Fortaleza

Órgão julgador: 1ª Câmara Cível
Data de registro: 14/02/2012

Ementa: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGURO DE ASSISTÊNCIA MÉDICO-HOSPITALAR. TRATAMENTO DOMICILIAR (*HOME CARE*). PRESCRIÇÃO MÉDICA. NEGATIVA DA SEGURADORA. TUTELA ANTECIPATÓRIA DEFERIDA. VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO E PERIGO DE DANO IRREPARÁVEL OU DE DIFÍCIL REPARAÇÃO DEMONSTRADOS. LEI 8.078/1990 (CDC). APLICAÇÃO (SÚMULA Nº 469, STJ). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. "Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde" (Súmula no 469, STJ). 2. A empresa administradora do seguro de saúde pode especificar contratualmente quais as doenças cobertas pelo plano, mas não pode obstar os procedimentos imprescindíveis para o êxito do tratamento, especialmente quando prescrito por médico. **3. O tratamento em domicílio é mera continuidade do hospitalar: de um lado, retira os riscos das infecções para o paciente e, de outro, libera o leito no nosocômio para outros que dele necessitam. 4.** Evidenciados, na espécie, o grave risco de lesão irreversível e a plausibilidade dos argumentos expendidos, entremostra-se imprescindível a concessão da medida antecipatória, de maneira a resguardar o próprio objeto da ação. 5. Agravo de instrumento conhecido e provido.

DIREITO CONSTITUCIONAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - DIREITO À SAÚDE - TRATAMENTO POR MEIO DE HOME CARE - POSSIBILIDADE - RECURSO IMPROVIDO - 1- *In casu*, agravo de instrumento interposto por Unimed de Fortaleza Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. Em face de decisão do MM. Juiz Titular da 10ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza/Ce (fls. 25/27) que concedeu antecipação de tutela, determinando o fornecimento de tratamento médico domiciliar (sistema *home care*), através de assistência integral de profissionais de enfermagem adequados aos procedimentos. **2- O tratamento em domicílio é mera continuidade do tratamento hospitalar que de um lado retira os riscos das infecções hospitalares para o paciente e, de outro, libera espaço no nosocômio para outros necessitados. Não se está discutindo a necessidade de meros cuidados domiciliares, mas de internação domiciliar (Agravo de Instrumento 618015200880600000;** Relator(a): WASHINGTON LUIS BEZERRA DE ARAUJO; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data de registro: 03/08/2011). 3- Recurso conhecido e improvido. (TJCE - AI 0005260-36.2011.8.06.0000 - 5ª C.Cív. - Rel. Carlos Alberto Mendes Forte - DJe 17.02.2012 - p. 44)

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS - UNIMED - TRATAMENTO DOMICILIAR - *HOME CARE* - PACIENTE ACOMETIDO POR AVC - NECESSIDADE DE CUIDADOS ESPECIAIS - DESPESAS MÉDICAS E/OU HOSPITALARES, MEDICAMENTOS - EQUIPAMENTOS - APARELHAGEM

> **- ALIMENTAÇÃO ENTERAL - ATENDIMENTO MÉDICO DOMICILIAR E APARELHAGEM - SEM PREVISÃO CONTRATUAL, MAS OFERTADO EXCLUSIVAMENTE E GRATUITAMENTE PELA SEGURADORA DE SAÚDE AO AUTOR - APLICAÇÃO DAS NORMAS DO CDC - COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS REALIZADAS ATRAVÉS DE RECIBOS E NOTAS FISCAIS - 1- O serviço de *home care* denominado Unimed Lar é um tratamento semelhante ao dado em um hospital. Com efeito, trata - Se do recebimento domiciliar de todos os cuidados necessários à recuperação do paciente, através de uma equipe qualificada. A internação domiciliar é, muitas vezes, substancialmente menos dispendiosa que a hospitalar, e, assim, mais vantajosa.** 2- No caso dos autos, desde setembro de 1999 e em razão do AVC - Acidente Vascular Cerebral, o autor foi assistido pelo plano Unimed-Lar (*Home Care*). Infere-se, também, dos documentos coligidos a indispensabilidade e premência de tratamento domiciliar ao autor, hoje falecido. 3- O tratamento aqui necessitado é o mesmo que teria o recorrente em caso de hospitalização. Logo, entendo deve prover a cobertura do tratamento domiciliar, vez que em nenhum momento a apelante refuta a vinculação contratual entre as partes. Ao contrário, retifica a informação de que o promovente passou a ser assistido por sistema UNIMED LAR. 4- Sabe-se que os danos materiais são aqueles que atingem diretamente o patrimônio das pessoas físicas ou jurídicas. A indenização pelo dano material depende de prova efetiva da existência do dano, do valor do dano e da relação causa e efeito, ou seja, da prova de que o prejuízo decorreu por uma ação ou omissão indevida de terceiros, ou ainda, pelo que se deixou de auferir em razão de tal conduta, caracterizando a necessidade de reparação material dos chamados lucros cessantes. 5- A operadora de plano de saúde é responsável pelo cumprimento de toda e qualquer oferta que fizer veicular quanto aos limites de cobertura do plano de saúde, bem como arcar com reembolso das despesas relacionadas com o tratamento clínico recomendado. 6- *In casu*, restou evidenciado, através da recibos e notas fiscais, que houve, de fato, prejuízo a vida financeira do autor de seus familiares, onde se conclui que houve efetivo decréscimo patrimonial dos mesmos no período entre 1999 à 2004, na ordem de R$ R$ 172. 296,75 (cento e setenta e dois mil duzentos e noventa e seis e setenta e cinco centavos). 7- Recurso conhecido e improvido. (TJCE - Ap 708842-83.2000.8.06.0001/1 - Rel. Des. Francisco Suenon Bastos Mota - DJe 21.06.2012 - p. 41)

Outros tribunais estaduais vêm adotando idêntico posicionamento, destacando-se o aresto a seguir:

> **AGRAVO INTERNO - PLANO DE SAÚDE - UNIMED PORTO ALEGRE - "HOME CARE" - ADMINISTRAÇÃO DE DIETA ENTERAL EXCLUSIVA - ACOMPANHAMENTO PRESTADO POR ENFERMEIRO OU TÉCNICO DE ENFERMAGEM DURANTE 24 HORAS DIÁRIAS - NECESSIDADE - 1- Em apresentando o agravante quadro clínico grave, que depende de cuidados especiais durante 24 horas, com indicação de internação domiciliar, a fim de ser**

> **evitadas novas internações, é dever da operadora do plano de saúde suportar todos os gastos inerentes à implementação do tratamento, pois substitui a internação hospitalar e, conseqüentemente, diminui os custos da recorrida.** 2- A administração de terapia funcional enteral deve ser realizada por enfermeiro, podendo ser delegada ao técnico ou auxiliar de enfermagem, sob orientação e supervisão do enfermeiro, pois requer cuidados especializados, podendo o mau uso acarretar complicações mecânicas, tais como: erosão da mucosa nasal, otite, sinusite, faringite, irritação nasofaríngea, esofagite, obstrução e deslocamento da sonda e, ainda, aspiração pulmonar. Agravo Interno desprovido. (TJRS - AGInt 70047062302 - 5ª C.Cív. - Rel. Des. Romeu Marques Ribeiro Filho - J. 29.02.2012)

O STJ também tem decidido no sentido de imputar à prestadora de serviços médico-hospitalar a responsabilidade de disponibilizar atendimento domiciliar (*home care*), *in verbis*:

> Processo: AREsp 143394
> Relator(a): Ministro SIDNEI BENETI
> Data da Publicação: 30/03/2012
> Decisão: AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 143.394 - SP (2012/0024953-8)
> RELATOR : MINISTRO SIDNEI BENETI
> AGRAVANTE: UNIMED PAULISTA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO
> ADVOGADO : LILIAN CHIARA SERDOZ E OUTRO(S)
> AGRAVADO : LUIZA GUARISE RISKALLAH
> ADVOGADO : JEREMIAS ALVES PEREIRA FILHO E OUTRO(S)
> DECISÃO
> 1.- UNIMED PAULISTA SOCIEDADE COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO interpõe Agravo contra decisão (e-STJ fls. 279) que negou seguimento a Recurso Especial, fundamentado nas alínea a do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, interposto contra **Acórdão (e-STJ fls. 243/251) da 8ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que lhe foi desfavorável (Rel. Des. SALLES ROSSI), assim ementado (e-STJ fls. 246):**
> **EMENTA - PLANO DE SAÚDE - AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER - Procedência - Recusa da seguradora em arcar com despesas relativas a *home care* em favor do beneficiário do plano - Abusividade - Recusa que contraria a finalidade do contrato e representa afronta ao CDC – Necessidade do paciente incontroversa (tanto que falecido no curso da lide) - Cobertura devida - Precedentes (inclusive desta Câmara) – Sentença mantida - Recurso improvido**.
> **2.- No caso em exame, a Agravada ajuizou Ação de obrigação de fazer contra a Agravante. Sobreveio a sentença, que julgou os pedidos procedentes para condenar a Agravante ao custeio dos serviços *home care* prestados ao segurado, até a data do óbito. Interposta Apelação pela Agravante, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso,**

conforme a ementa acima transcrita.
3.- Irresignada, a Agravante interpôs Recurso Especial, alegando que "o v. Acórdão não está em conformidade com a Lei 9.656/98, que dispões sobre a não obrigatoriedade de cobertura de procedimentos que não estão arrolados na Resolução Normativa 167 de 2008" (e-STJ fls. 260).
É o relatório.
4.- O inconformismo não merece prosperar.
5.- Compulsando os autos, verifica-se que nas razões do Recurso Especial, a Agravante não indicou os dispositivos legais eventualmente violados insurgindo-se genericamente contra a decisão proferida pelo Tribunal de origem.
6.- Registre-se que, conforme entendimento predominante nesta Corte, não merece provimento o recurso especial que se insurge genericamente contra julgamento proferido pelo Tribunal a quo. Cabe ao recorrente demonstrar com transparência e objetividade as razões pelas quais a norma infraconstitucional foi contrariada. Outrossim, é imprescindível a indicação dos dispositivos tidos por violados. O que, de fato, não ocorreu no caso em exame. Nesse caso, incide o óbice da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal, perfeitamente aplicável a espécie: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".
Nesse sentido:
PROCESSUAL CIVIL. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE. EXAME DE MÉRITO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 123/STJ.
1. Não há de ser conhecido recurso especial que deixa de impugnar o fundamento balizador do acórdão recorrido, limitando-se a argüir violação genérica a dispositivo legal a ele correlacionado.
Aplicação da Súmula 284/STF.
(...)
4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento.
(EDcl. no AG n. 905.307/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 09/06/2008).
7.- Ante o exposto, com apoio no art. 544, § 4º, II, "b", do CPC, conhece-se do Agravo e nega-se seguimento ao Recurso Especial.
Intimem-se.
Brasília (DF), 22 de março de 2012.
Ministro SIDNEI BENETI
Relator

ISTO POSTO, lastreado na fundamentação supra, CONHEÇO DO RECURSO PARA NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a decisão agravada incólume, em todos os seus termos.

É como voto.

Fortaleza, 18 de fevereiro de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 9575-15.2008.8.06.0000/0
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
AGRAVADOS: ANA RITA LEITÃO TEIXEIRA PINHO, FERNANDO STUDART DE ALENCAR MATOS E DYLVARDO JOSÉ MOREIRA DA COSTA LIMA FILHO
RELATOR DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. AUSÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO. TEMA PACIFICADO. IMPOSSIBILIDADE, TODAVIA, DE QUE A NOVEL LEGISLAÇÃO INSTITUIDORA DE PLANO DE CARGOS E CARREIRAS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA E DO INSTITUTO DOUTOR JOSÉ FROTA, ADICIONANDO A PARCELA DENOMINADA VALOR DE REFERÊNCIA DE GRATIFICAÇÕES, ACARRETE REDUÇÃO DE VENCIMENTOS. VIGÊNCIA DO ART. 37, XV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INAPLICABILIDADE DA DISPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL PREVISTA NA PARTE FINAL DO INC. VI DO ART. 7º, POIS DESTINADA AOS TRABALHADORES URBANOS E RURAIS E NÃO AOS SERVIDORES PÚBLICOS. PRESENÇA DO *FUMUS BONI JURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. AFASTAMENTO DA POSSIBILIDADE DE QUE OS NOVOS ACRÉSCIMOS PECUNIÁRIOS SEJAM COMPUTADOS OU ACUMULADOS PARA FIM DE CONCESSÃO DE ACRÉSCIMOS ULTERIORES (ART. 37, XIV, DA CF/1988).

I – Os Tribunais pátrios já consolidaram o entendimento segundo o qual o servidor público, ou o ocupante de cargo público, não possui direito adquirido a regime jurídico de direito público, nem mesmo à manutenção da denominação de vantagens incidentes sobre seus vencimentos.

II – A exceção prevista na parte final do inciso VI do artigo 7º da Carta de Princípios e que permite a redução do salário por meio de acordo ou convenção coletiva de trabalho, não se aplica aos servidores públicos. A hipótese em julgamento revela a incidência da cláusula constitucional prevista no art. 37, XV, da CF/1988, que veda a redutibilidade dos vencimentos dos ocupantes de cargos públicos. A Constituição Federal é

expressa quando permite a aplicação aos servidores públicos dos direitos fundamentais sociais contidos no seu art. 7º, tal como o fez no art. 39, §3º, não contendo, nas possibilidades a versada no art. 7º, VI.
III – Afasta-se a aplicação das regras processuais que vedam a concessão de liminares contra o Poder Público, pois não se trata de concessão de vantagens em favor de servidor público, mas de manutenção do valor nominal dos vencimentos devidos antes da inovação legal prejudicial.
IV – É necessário, ainda, compatibilizar o princípio da não redutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos com a regra presente no inc. XIV do art. 37 da Lei Maior, vedando-se que "os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fim de concessão de acréscimos ulteriores".
Agravo conhecido e parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de agravo de instrumento nº **9575-15.2008.8.06.0000/0**, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do agravo e prover-lhe parcialmente, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Fortaleza e pelo Instituto Dr. José Frota objetivando a reforma da interlocutória de fls. 120/122, proferida pela Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza nos autos do mandado de segurança nº 2007.0033.4312-8 e que determinou que as autoridades impetradas restabeleçam, no prazo não superior a trinta dias, o padrão vencimental a que fazem jus os autores, observando como parâmetro o mês de outubro pretérito, devendo, igualmente, ser restituídas em folha suplementar as parcelas deduzidas a partir do mês de novembro de 2007.

O agravante afirma que a irredutibilidade dos vencimentos é ressalvada constitucionalmente, conforme apregoam os arts. 7º, VI e 37 XIV e XV, não existindo qualquer afronta aos nomeados princípios constitucionais, destacando ainda, que apesar de toda a celeuma suscitada pelos agravados, a Administração Pública Municipal iniciou

um calendário de negociações com todas as categorias profissionais dos servidores, não podendo de forma alguma apontar a falta de conhecimento de todos os atos realizados durante meses.

O recurso foi instruído com as cópias documentais de fls. 18/200.

O caderno recursal veio à minha relatoria por força de prevenção. Às fls. 210/211 decidi negar o pedido de concessão de efeito suspensivo.

Contraminuta às fls. 214/221; as informações não foram apresentadas, embora requisitadas (fls. 224 e 225).

Parecer do parquet de segundo grau às fls. 227/231.

É o relatório.

VOTO

Recurso tempestivo e cabível.

Cuida-se de averiguar, em cognição liminar em sede de mandado de segurança, a existência dos requisitos autorizadores da outorga, *initio litis* de providência jurisdicional atinente ao afastamento das causas que originaram a redução dos vencimentos dos agravados por força da aplicação das Leis municipais de numeração 9.310/2007 e nº 9.316/2007.

Os nomeados diplomas legais alteraram a composição dos vencimentos dos servidores municipais recorridos e instituíram a vantagem denominada Valor de Referência de Gratificação, mas os agravantes afirmam que o processo legislativo foi precedido de acordo coletivo perante o respectivo sindicato da classe trabalhadora, incidindo as disposições do art. 7º, VI, *in fine,* combinado com o art. 37, VI e XIV, ambos da Constituição Federal.

A princípio é necessário reafirmar que não existe direito adquirido dos servidores públicos a regime jurídico, desde que as alterações efetivadas não importem em redução de vencimentos.

Isto é o que dispõe o art. 37, XV, da CF/1988, assim disposto:

> Art. 37. *Omissis*
> XV – o subsídio e os vencimentos dos ocupantes de cargos públicos são irredutíveis, ressalvado o disposto nos incisos XI e XIV deste artigo e nos arts. 39, §4º, 150, II, 153, III, e 153, §2º, I;

O princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos ocupantes de cargos públicos prevista no dispositivo constitucional acima transcrito prevalece em face da disposição do art. 7º, VI, *in fine,* da Carta Cidadã, pois este último preceptivo direciona-se aos trabalhadores urbanos e rurais, não se aplicando aos servidores públicos salvo se houvesse permissão expressa da própria CF/1988.

Note-se que a Lei Maior é objetiva quando estende aos servidores públicos

certos direitos fundamentais previstos no seu art. 7º. É o caso do art. 39, §3º, que possui a seguinte redação:

> Art. 39. *Omissis*
> §3º. Aplica-se aos servidores ocupantes de cargo público o disposto no art. 7º, IV, VII, VIII, IX, XII, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX< XX, XXII e XXX, podendo a lei estabelecer requisitos diferenciados de admissão quando a natureza do cargo o exigir.

Afasta-se, na vertente hipótese, a aplicação da parte final do inciso VI do artigo 7º da Constituição da República para ministrar a incidência do inciso XV do artigo 37.

In casu, restou plenamente demonstrada a relevância jurídica da questão posta em julgamento, assim como o perigo da demora, não incidindo quaisquer dos óbices legais que proíbem a concessão de aumento ou extensão de vantagens a servidores (§4º do art. 1º da Lei nº 5.021/1966 e art. 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei nº 4.348/64), porquanto o *decisum a quo* apenas aplicou regime de vencimentos já existente, não se tratando de concessão de vantagens.

Salutar o entendimento adotado em casos similares pelas Cortes Extraordinárias em arestos a seguir transcritos:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. **SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. ALTERAÇÃO NA FORMA DE COMPOSIÇÃO SALARIAL. PRESERVAÇÃO DO VALOR NOMINAL.** OFENSA AO PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. INOCORRÊNCIA.
> **1. Não há direito adquirido a regime jurídico, sendo possível, portanto, a redução ou mesmo a supressão de gratificações ou outras parcelas remuneratórias, desde que preservado o valor nominal da remuneração. Precedentes.**
> 2. Reexame de fatos e provas. Inviabilidade do recurso extraordinário. Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (RE 593711 AgR, Relator Min. EROS GRAU, Segunda Turma, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-15 PP-03002)

> EMENTA: Servidor público militar: supressão de adicional de inatividade: inexistência, no caso, de violação às garantias constitucionais do direito adquirido e da irredutibilidade de vencimentos (CF, art. 37, XV). **É da jurisprudência do Supremo Tribunal que não há direito adquirido a regime jurídico e que a garantia da irredutibilidade de vencimentos não impede a alteração de vantagem anteriormente percebida pelo servidor, desde que seja preservado o valor nominal dos vencimentos**.
> (AI 618777 AgR, Relator Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 19/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00076 EMENT VOL-02283-16 PP-03300)

Deve-se manter intacto o direito à irredutibilidade de vencimentos, tal como previsto nos arts. 7º, VI, 37, XV, da Carta Constitucional, porém, aplicando-se a regra presente no art. 37, XIV, da CF/1988 a vinculação de acréscimos pecuniários percebidos por servidor público para fins de concessão de acréscimos ulteriores.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará é no mesmo sentido, *litteris:*

> **Ementa:** AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. PLANO DE CARGOS, CARREIRAS E SALÁRIOS. IRREDUTIBILIDADE DE VENCIMENTOS. A Administração Municipal pode alterar a estrutura das carreiras dos seus servidores, bem como a forma da remuneração, desde que não resulte em redução de vencimentos.
> Agravo improvido.
> (Agravo de instrumento nº 11951-71.2008.8.06.0000/0, Relator Desembargador Lincoln Tavares Dantas, Quarta Câmara Cível, julgado em 28/01/2009)
>
> **Ementa:** PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. VENCIMENTO BASE PARA O CÁLCULO DAS GRATIFICAÇÕES INCIDENTES SOBRE O PISO SALARIAL DEFINIDO POR SENTENÇA JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. DEFINIÇÃO POR MEIO DE LIMINAR, EXCLUINDO A APLICAÇÃO DE NOVEL LEGISLAÇÃO MUNICIPAL QUE ACARRETOU DECRÉSCIMO NA REMUNERAÇÃO. PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE DOS VENCIMENTOS.
> I - A jurisprudência dos Tribunais Constitucionais pacificou o entendimento segundo o qual o servidor público não detém direito adquirido a regime jurídico de direito público e nem à permanência da denominação de vantagens incidentes sobre os vencimentos.
> II - A cláusula constitucional que proíbe a irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos (arts. 37, XV, e 7º, VI, da CF/1988) veda o decréscimo do valor nominal da remuneração. Inaplicabilidade da exceção constitucional à redução vencimental (inc. VI, in fine, do art. 37).
> III - Não incidência dos dispositivos legais que vedam a concessão de liminares contra o Poder Público, haja vista que não se trata de concessão de vantagens em favor de servidor público, mas de manutenção do valor nominal dos vencimentos pagos antes da inovação legal prejudicial.
> IV - Presentes o *fumus boni juris et periculum in mora*. Recurso conhecido, porém improvido. (Agravo de instrumento nº 11953-41.2008.8.06.0000/0, Relatora Desembargadora Gizela Nunes da Costa, Segunda Câmara Cível, julgado em 12/08/2009)

As noveis legislações não podem, contudo, permitir ou ensejar, a título de irredutibilidade a violência ao inciso XIV do artigo 37 da Constituição Federal, segundo o qual:

> Art. 37. *Omissis*
> XIV – os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público não serão computados nem acumulados para fim de concessão de acréscimos ulteriores;

Para que se compatibilize a harmonia entre a cláusula de irredutibilidade de vencimentos e a que evita a aplicação do efeito cascata, deve-se aplicar as regras previstas nas Leis municipais de numeração 9.310/2007 e nº 9.316/2007 e, caso a caso, verificado o decesso remuneratório, cabível a reversão da parcela pecuniária que ensejou o decréscimo em favor dos servidores, sendo absorvida a cada revisão geral da remuneração dos servidores municipais.

Isto posto, conheço do agravo para, em consonância com o judicioso parecer da Procuradoria Geral de Justiça, prover-lhe parcialmente, ressalvando, apenas, a necessidade do agravante observar a norma do art. 37, XIV, da CF/1988.

É como voto.

Fortaleza, 16 de fevereiro de 2011.

PROCESSO Nº. 0009585-54.2011.8.06.0000 – AGRAVO DE INSTRUMENTO (CONEXO AO AG. DE INST. Nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 E AG. DE INST. Nº. 0009587-24.2011.8.06.0000).
AGRAVANTE: JOSÉ ORLANDO SAMPAIO.
AGRAVADOS: JOSÉ VIANA NETO E MARIA DO SOCORRO MARTINS VIANA.
RELATOR: DES. CARLOS ALBERTO MENDES FORTE.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE CONEXÃO. DEMANDAS VERSAM SOBRE MESMO CONTEÚDO FÁTICO. PRELIMINAR ACOLHIDA. DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE. CUMPRIMENTO DOS DEVERES DA LIQUIDANTE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. VENDA INDISCRIMINADA DE BENS. INDÍCIOS DE IRREGULARIDADE. INTERDITO PROIBITÓRIO. OBTENÇÃO DO BEM DE MODO IRREGULAR. ALVARÁS JUDICIAIS ELABORADOS EM DESCONFORMIDADE LEGAL. POSSE INJUSTA. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ESCRITURA DE COMPRA E VENDA PRETÉRITA. ALEGAÇÃO DE FALSIDADE. CONCLUSÃO A SER DELINEADA APÓS INSTRUÇÃO PROCESSUAL DO JUÍZO MONOCRÁTICO. INDISPONIBILIDADE E INTRANSFERIBILIDADE DOS BENS SOCIETÁRIOS. ESBULHO POSSESSÓRIO. INADMISSIBILIDADE. RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.

1. Da preliminar.

1.1. O agravante requer, preliminarmente, o reconhecimento da prevenção do presente recurso ao agravo de instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 e ao agravo de instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, pois as referidas demandas versam sobre a mesma situação fática.

1.2. Observa-se que todos os recursos voltam-se ao mesmo conteúdo fático, qual seja a dissolução da sociedade Construtora Cariri Ltda. – CONCASA e os reflexos produzidos na nomeação da liquidante, bem como no interdito proibitório e reintegração de posse do imóvel adquirido. Deve-se reputar conexos os agravos, a fim de que sejam decididos simultaneamente. PRELIMINAR ACOLHIDA.

2. Do agravo de instrumento nº. 0009585-54.2011.8.06.0000.

2.1. O presente agravo possui como tema a dissolução

e liquidação da sociedade Construtora Cariri Ltda. – CONCASA. O argumento levantado pelo agravante é de que se qualifica como terceiro de boa-fé, não podendo ser anulado o bem adquirido legalmente pela sociedade em liquidação.
2.2. Nos autos, não se apresenta quaisquer provas que a liquidante tenha cumprido os seus deveres, elencados no art. 1.103 da legislação substantiva cível. A empresa, através da liquidante iniciou a venda indiscriminada dos bens societários, imprimindo maiores gravames à empresa, surgindo indícios da irregularidade de toda a negociação empreendida.
3. 2.3. Conclui-se que a liquidação da empresa Construtora Cariri Ltda. – CONCASA não foi procedida de acordo com os preceitos legais, restando identificado indícios de irregularidade de seu procedimentoDo agravo de instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000.
3.1. O recurso se volta a ação de interdito proibitório, em que o agravante alegar ter sido reconhecida a posse do imóvel. Aponta que o magistrado que substituiu a autoridade judiciária pretérita determinou, erroneamente, a revogação de todas as decisões proferidas, tendo como único fundamento a ação de dissolução societária.
3.2. Em todo o delinear dos eventos, o título de posse, averbado em cartório competente, foi obtido de modo irregular, caracterizando-se a posse injusta do bem.
3.3. O ônus de provar os fatos caberia ao agravante, no que se refere à legitimidade de sua posse ou, ainda, da alegada propriedade, porém não conseguiu sucesso em tal mister.
3.4. Os alvarás judiciais, documentos que formalizaram o título aquisitivo, não podem ter valia, pois elaborados em desconformidade com o procedimento de dissolução de sociedade.
4. Do agravo de instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000.
4.1. O recurso aborda a reintegração de posse do imóvel mencionado. O agravante aduz que a escritura particular de compra e venda, tendo como comprador o agravado, encontra-se imbuído de falsidade.
4.2. A discussão em torno da falsidade ou legitimidade do título aquisitivo deve configurar-se no juízo monocrático, sendo prematuro qualquer conclusão em que restam ausentes demais provas, a serem obtidas em instrução processual.
4.3. Ante a indisponibilidade/intransferibilidade dos bens da

sociedade liquidanda, veda-se de qualquer oneração, alienação ou afetação sobre o patrimônio da empresa, impossibilitando-se qualquer esbulho possessório, até que seja resolvida a lide monocrática.
4.4. Resta claro que houve carência de comprovação da posse regular pelo agravante, não subsistindo possibilidade da parte requerer a reintegração pleiteada.
5. Conhece-se dos presentes recursos, porém nega-lhes provimento, mantendo-se integralmente a decisão agravada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do agravo de instrumento nº. 0009585-54.2011.8.06.0000, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os Desembargadores da 5ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto por José Orlando Sampaio contra decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbalha, o qual, em ação de dissolução e liquidação judicial da Construtora Cariri Ltda – CONCASA, revogou o compromisso assumido pelo liquidante da mencionada sociedade, invalidou os alvarás expedidos para efetivar as transferências dos imóveis pertencentes a empresa em liquidação e, ainda, gravou com a cláusula de indisponibilidade/intransferibilidade os bens da sociedade liquidanda.

Em suas razões, dispõe o agravante que adquiriu da empresa CONCASA, através da liquidante, Sra. Dulcineide Gomes de Lima Feitosa, imóvel com área de 130.693,47 m². Afirma que para garantir a lisura e legalidade do negócio celebrou contrato de compra e venda de gleba rural, oriunda do desmembramento de terras e outras avenças, inerentes a parte do imóvel registrado na matrícula nº. 246 no Cartório do 2º Ofício de Barbalha-CE.

Disserta, ainda, que se qualifica como terceiro de boa-fé e, na oportunidade, confiou na documentação emitida pelo Juízo de Barbalha, estando a mesma devidamente legalizada e registrada em Cartório competente.

Dispõe que sofreu ameaça em sua posse, por ato do sr. Antônio Martins da Costa Filho, tendo o mesmo derrubado parte da cerca e iniciado a construção de um muro. Aduz que teve sua posse reconhecida pelo magistrado da 1ª Vara da Comarca de Barbalha em decisão liminar, porém o MM. Juiz da 2ª Vara de Barbalha, em substituição ao julgador anterior, determinou a suspensão das decisões atinentes ao processo de liquidação em análise, revogando o termo de compromisso da liquidante,

bem como todos os alvarás expedidos para a efetivação de transferência do patrimônio da sociedade e, ainda, gravou os bens da empresa sob o gravame da inalienabilidade e intransferibilidade, até decisão posterior.

Aduz, ainda, que a escritura de compra e venda do bem, ora alienado pelo sr. Raimundo Tavares Neves, sócio da empresa liquidanda, tendo como compradores os agravados, encontra-se imbuído de falsidade, tese concluída através do laudo pericial grafotécnico, efetivado em inquérito policial nº. 68/2011, instaurado pela Delegacia da Polícia Municipal de Barbalha.

O agravante requer, preliminarmente, o reconhecimento da prevenção do presente recurso ao agravo de instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 e ao agravo de instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, pois as referidas demandas versam sobre a mesma situação fática, insurgindo-se sobre a decisão retro mencionada.

No mérito dos referidos recursos, pleiteia: a) a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo, de modo a determinar a suspensão da decisão judicial monocrática, retirando-se qualquer restrição junto ao imóvel adquirido, conforme matrícula nº. 246, registrado no Livro 2-A, fls. 47, mediante averbação Av. 23/246, oriunda do Registro R.02/246, junto ao Cartório do 2º Ofício da Comarca de Barbalha-CE; b) a cassação da liminar prolatada pelo juízo monocrático, reintegrando o agravante na posse no imóvel, determinando-se a expedição de mandato reintegratório e, cominando aos invasores multa diária de R$ 2.000,00 (dois mil reais); c) a cessação da ameaça, determinando-se a interrupção de qualquer construção ou invasão em andamento ao imóvel adquirido, sob pena de multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais).

Contrarrazões apresentadas pelos agravados aduzem que o agravante engendrou, juntamente com diversas pessoas, manobra para transferir a sede da empresa Construtora Cariri Ltda. – CONCASA visando a venda irregular de imóveis da sociedade.

Expõe que após o fatídico acontecimento que culminou na morte de pessoas supostamente envolvidas com a negociação ilegal, o Exmo. Juiz monocrático, ao substituir o anterior magistrado condutor do processo, elaborou escorreita decisão com escopo de evitar lesões a terceiros e a própria empresa.

Informa que o vasto conjunto probatório aponta que os agravados, já nos idos de 1984, tinham adquirido o imóvel, objeto da presente querela. Insurge-se quanto aos argumentos esposados pelo agravante. Dispõem que em nenhum momento ficou provado o alegado direito do agravante, tornando-se totalmente incabível o pleito requestado. Ao cabo, requer a improcedência do agravo ora ajuizado (razões às fls. 948/955; documentos às fls. 956/1.046).

Manifestação do Exmo. Juiz de primeiro grau prestou as informações de estilo (fl. 1.084).

Este é o sucinto relatório.

VOTO

Trata-se de agravo de instrumento em contrariedade a decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Barbalha, o qual, em ação de dissolução e liquidação judicial, processo originário de nº. 7678-12.2011.8.06.0043/1, revogou o compromisso assumido pelo liquidante da mencionada sociedade, invalidou os alvarás expedidos para efetivar as transferências dos imóveis pertencentes a empresa em liquidação e, ainda gravou com a cláusula de indisponibilidade/intransferibilidade os bens da sociedade liquidanda, tendo tal decisão refletido nos processos de interdito proibitório (processo nº 8662-93.2011.8.06.0043) e reintegração de posse (processo nº. 9003-22.2011.8.06.0043), ora em trâmite na comarca de origem.

Em juízo prévio de admissibilidade recursal, conhece-se do presente recurso, eis que próprio e tempestivo, encontrando-se, pois, presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos para análise do juízo de mérito.

Em análise preliminar, o agravante requer a prevenção do presente recurso ao agravo de instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 e ao agravo de instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, e para tanto assevera que as demandas versam sobre a mesma situação fática.

De fato, o presente agravo, de numeração 0009585-54.2011.8.06.0000, foi ajuizado em 31/10/2011 e versa sobre a dissolução e liquidação da Construtora Cariri Ltda. – CONCASA (processo origem nº. 7678-12.2011.8.06.0043/1). Já o agravo nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, ajuizado também em 31/10/2011, trata sobre interdito proibitório de imóvel fruto da alienação da sociedade em liquidação (processo origem nº. 8662-93.2011.8.06.0043) e, por fim, o agravo nº. 0010319-05.2011.8.06.0000, ajuizado em 10/11/2011, possui como tema a reintegração de posse do mesmo imóvel adquirido da sociedade em liquidação (processo origem 9003-22.2011.8.06.0043). Observa-se que todos os recursos voltam-se ao mesmo conteúdo fático, qual seja a dissolução da sociedade Construtora Cariri Ltda. – CONCASA e seus reflexos para com terceiros, possuindo a característica da causa de pedir comum. Assim sendo, e em conformidade com o art. 105 do Código de Processo Civil e ao princípio da economia processual, acolho a preliminar para reputar conexos os agravos acima descritos, a fim de que sejam decididos simultaneamente.

Para que não persista qualquer dúvida em face do julgamento dos presentes agravos, examinar-se-á cada ação isoladamente.

Primeiramente, o agravo 0009585-54.2011.8.06.0000 possui como tema a dissolução e liquidação da sociedade. O argumento levantado pelo agravante é de que se qualifica como terceiro de boa-fé, não podendo ser anulado o bem adquirido legalmente pela sociedade em liquidação. Decerto, o pano de fundo da matéria em análise é a regularidade do procedimento da liquidação da sociedade empresarial, Construtora Cariri Ltda.

Com efeito, destaco a análise sobre o tema, na palavra do doutrinador Marcelo Fortes Barbosa Filho, em obra coletiva coordenada pelo Exmo. Min. Cézar Peluso, *in verbis*:

> Dois requisitos são essenciais à liquidação. Só é possível iniciá-la, em primeiro lugar, diante do advento de uma das causas previstas na lei ou em cláusula inserida no instrumento inscrito (arts. 1.033, 1.034, 1.035,1.044,1.051 e 1.087) e da prévia extinção do próprio contrato de sociedade, concretizando a dissolução. Não há prazo para seu término, pois débitos e créditos não se vencem antecipadamente, sendo necessário aguardar o amadurecimento de todas as operações em andamento ou, pelo menos, celebrar cessões das posições contratuais e a cessão ou assunção de obrigações. Todo esse procedimento é dirigido, em segundo lugar, por uma pessoa escolhida antecipada e livremente pelos sócios (art. 1.038), que ganha o nome de liquidante, concentrando os poderes suficientes e necessários à solução total das pendências e à realização do rateio patrimonial. (PELUSO, Min. Cezar (Coord.), *et al*. Código Civil Comentado – Doutrina e Jurisprudência, 4ª ed. rev. e atual., Barueri – SP, Ed. Manole, 2010, págs. 1.073).

Considerando, pormenorizadamente, todos os documentos acostados aos autos digitais, vê-se às fls. 27/35, cópia da ação de liquidação judicial. Adiante, às fls. 38/39, há cópia do distrato da sociedade, em que se discorre o distrato da empresa, assinalando que a mesma não possui qualquer capital a dividir entre seus sócios, restando como único responsável pelo ativo e passivo da empresa o sr. Raimundo Tavares Neves.

A seguir, à fl. 42, registra-se procuração em que consta como outorgante o sr. Raimundo Tavares Neves e, como outorgada, a sra. Dulcineide Gomes de Lima Feitosa, na data de 28/02/2011. Em despacho, às fls. 43/45 o Exmo. Juiz de Direito Dr. Demétrio de Souza Bezerra, na data de 25 de março de 2011, ratificou a dissolução da sociedade, nomeando como liquidante a sra. Dulcineide Gomes de Lima Feitosa e, ao que se aparenta, foi escolhida unilateralmente pelo sócio, sr. Raimundo Tavares Neves, sem a intervenção dos demais sócios integrantes do quadro social.

A liquidante prestou compromisso à fl. 46. Porém, em sequência, não se apresenta quaisquer provas que a sra. Dulcineide Gomes de Lima Feitosa tenha cumprido os seus deveres, elencados no art. 1.103 da legislação substantiva cível. Logo, apercebe-se que não fora elaborado o inventário de bens do ativo e passivo da empresa e, também, não foi apresentado relatório do estado da liquidação em curso.

Em verdade, o distrato da sociedade transferiu a totalidade dos poderes a uma única pessoa, sr. Raimundo Tavares Neves, e o mesmo outorgou todos os poderes concernentes à administração da empresa à liquidante. Em atuação no processo de liquidação, a liquidante iniciou a venda indiscriminada dos bens, imprimindo maiores gravames à empresa, surgindo indícios da irregularidade de toda a negociação empreendida, como concluiu parecer do *parquet* às fls. 976/980 dos autos, em que se transcreve trecho elucidativo.

> Observando atentamente os autos, vê-se que a liquidante, Dulcineide Gomes de Lima Feitosa não cumpriu qualquer dos deveres que lhe competia. Exemplificativamente: não fez o inventário dos bens nem o balanço geral do ativo e do passivo. Então qual seria a razão de ser e qual finalidade dessa liquidação?
> Somente na sequência do processo de liquidação judicial se percebe a finalidade do processo: regularizar transações imobiliárias e possibilitar inclusive renegociações concernentes aos imoveis da CONCASA por meio de decisão judicial. Nesse contexto, dezenas de alvarás judiciais são expedidos.(fl. 976, grifos nossos).

Observa-se doutrina especializada sobre tal matéria, no que concerne a venda de bens de sociedades limitadas que se encontram em processo de liquidação judicial, *in verbis*:

> Para a venda de bens que se integram na atividade da sociedade dissolvida (objeto social), como, v.g., mercadorias, parece intuitivo que o liquidante não necessita, para tanto, de autorização judicial ou de oitiva dos sócios, eis que se trata de ato de mera gestão.
> Para alienar, no entanto, os bens sociais, necessitará ele de autorização judicial. E a nós parece que tais vendas hão de ser precedidas de reunião do liquidante com os sócios, aos quais comunicará a necessidade de venda imediata dos bens de fácil deterioração ou de guarda dispendiosa.
> Igualmente serão alienados bens sociais, quando se fizer necessária a obtenção de recursos para satisfazer encargos da liquidação, visto que, na sociedade limitada, salvo as hipóteses supra-aludidas (item 8) de falta de integralização das quotas sociais ou de recebimento de lucros e de retirada de quantias em prejuízo do capital social, não estão os sócios obrigados "a suprir os fundos necessários" para suportar os encargos da sociedade liquidanda. A alienação, nesse caso, seguirá o mesmo procedimento suso mencionado.
> Todas essas regras, imperantes do direito anterior, continuam atuais, já que em consonância com o CC/2002. Este, após estatuir ser dever do liquidante "ultimar os negócios da sociedade, realizar o ativo, pagar o passivo e partilhar o remanescente entre os sócios" (art. 1.103, IV), veio de especificamente dispor competir ao liquidante alienar bens móveis ou imóveis da sociedade (art. 1.105 *caput*), sendo de obviedade incontrastável que a autorização expressa constante no contrato social ou a aprovação da maioria dos sócios, referidas ao parágrafo único, compreendem não somente a gravação de ônus reais dos bens sociais, como também sua alienação (...) (LUCENA, José Waldecy. Das Sociedades Limitadas. 6ª ed., atual. e ampl., Rio de Janeiro, Renovar, 2005, pág. 866).

Conclui-se, pelo acima exposto, que a liquidação da empresa Construtora Cariri Ltda. – CONCASA não foi procedida de acordo com os preceitos legais, restando identificado indícios de irregularidade de seu procedimento, seja pela escolha unilateral

da liquidante, seja pela inobservância dos deveres da liquidante, semelhante conclusão obtida pelo julgador monocrático que suspendeu cautelarmente as decisões do procedimento de liquidação, revogando os alvarás de alienação dos bens e determinando a intransferibilidade do patrimônio.

No que pertine ao agravo de instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, recurso que se volta a ação de interdito proibitório ajuizado em face de Antônio Martins da Costa Filho. Aduz o agravante que teve reconhecida a posse mansa e pacífica do imóvel pelo Exmo. Juiz da 1ª Vara da Comarca de Barbalha. Após, o MM. Juiz da 2ª Vara, que eventualmente responde pelo juízo da 1ª Vara, determinou a revogação de todas as decisões proferidas na ação de interdito proibitório, tendo como fundamento a decisão prolatada no processo de dissolução de sociedade.

O interdito proibitório caracteriza-se pela ação possessória que visa afastar possibilidade de moléstia mais grave à posse. Decerto que não se confunde a propriedade, direito real subjetivo de usar, gozar e dispor da coisa, *jus possidendi*, com o direito de posse, exercício de qualquer dos poderes inerentes à propriedade, *ius possessionis*. No caso em comento, em todo o delinear dos eventos, inclusive pelo que se conclui da decisão agravada, o título de posse, averbado em cartório competente, foi obtido de modo irregular, caracterizando-se a posse injusta do bem.

O ônus de provar a existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito dos agravados caberia ao agravante, no que se refere à legitimidade de sua posse ou, ainda, da alegada propriedade, porém não conseguiu sucesso em tal mister, pois juntou somente aos autos alvará judicial, que conforme acima descrito, não poderá ter valia, pois elaborado em desconformidade com o procedimento de dissolução de sociedade.

Por fim, o agravo de instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 possui como tema a reintegração de posse do imóvel suso mencionado. Em suas razões o agravante aduz que a escritura particular de compra e venda, tendo como vendedor o sr. Raimundo Tavares Neves e, como comprador, o sr. José Viana Neto, ora agravado, encontrava-se imbuído de falsidade. Alicerça tais conclusões através do inquérito policial nº. 68/2011, o qual, em perícia grafotécnica, concluiu que as assinaturas não partiram do mesmo subscritor.

Novamente, deve-se observar que há errônea conclusão do agravado sobre o cerne da matéria a ser debatida através das ações possessórias. Todos os alvarás judiciais concedidos para venda dos bens imóveis foram reputados irregulares pelo juízo monocrático e, como acima disposto, tal vício foi constatado ainda na escolha e procedimento da liquidante, sendo todos os atos posteriores eivados de nulidade, *in casu*, reconhecida *ex officio* pelo magistrado de piso.

Ressalta-se que a discussão em torno da falsidade ou legitimidade do título aquisitivo deve configurar-se no juízo monocrático, sendo prematuro qualquer conclusão em que restam ausentes demais provas, a serem obtidas em instrução processual.

Conclui-se, ademais, ante a indisponibilidade/intransferibilidade dos bens

da sociedade liquidanda, a vedação de qualquer oneração, alienação ou afetação sobre o patrimônio da empresa, impossibilitando-se qualquer esbulho possessório, até que seja resolvida a lide monocrática.

Resta claro que houve carência de comprovação da posse regular pelo agravante, não subsistindo possibilidade da parte requerer a reintegração pleiteada. De pronto, destaca-se a omissão de um dos elementos jurídicos que compõem a *causa petendi* das ações reintegratórias.

Vide-se julgados deste Tribunal, em que se registra análogas decisões:

> Ementa: **APELAÇÕES CÍVEIS. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NÃO COMPROVAÇÃO. ART. 927 DO CPC. ALEGAÇÃO DE DANOS MATERIAS SOFRIDOS PELO PROMOVIDO. AUSÊNCIA DE PROVAS. SENTENÇA MANTIDA.**
> 1. (…)
> 2. Na situação em espécie, não restou comprovado que a autora estava na posse do imóvel quando houve o suposto esbulho pelo requerido, ônus que lhe competia, haja vista que em se tratando de ação de reintegração de posse, deve a lide observar o cumprimento dos requisitos contidos no art. 927 do CPC, devendo ser demonstrado por aquele que se diz possuidor: a sua posse; a turbação praticada pela réu; a data da turbação e a continuação da posse.
> 3.(...)
> Recursos conhecidos e não providos. (TJCE, Apelação 1493200580600891, Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data de registro: 18/07/2011).

> Ementa: **CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE POSSE - IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO POSSESSÓRIO - APELO IMPROVIDO.**
> 1. O cerne da contenda consiste em analisar se os autores/apelantes efetivamente detinham a posse do bem, uma vez que o objeto da contenda consiste exatamente em tal aspecto, já que se trata de ação de reintegração de posse.
> 2. Conforme o art. 927, incs. I a IV, do CPC, compete ao autor da ação comprovar a posse, a turbação ou esbulho do réu, a data de tal evento e a continuação (em caso de turbação) ou perda (em caso de esbulho) da posse, elementos estes que não restaram devidamente observados pela parte demandante, ora recorrente.
> 3. No caso dos autos, as evidências obtidas no processo demonstram que os recorrentes eram meros detentores do bem, na forma do art. 1.198 do CC/2002 e art. 487 do CC/1916, razão pela qual há de se ressaltar que mera detenção não induz atos de posse e, portanto, não pode servir de alento para a procedência do pedido de reintegração possessória.
> 4. Portanto, se as partes apelantes não lograram êxito em demonstrar o cumprimento dos requisitos legais para a concessão de seu pedido, notadamente sua posse, a sentença que negou a reintegração possessória

> deve ser mantida. Recurso apelatório improvido. (TJCE, Apelação 38286200180600751, Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ, Comarca: Fortaleza, Órgão julgador: 6ª Câmara Cível, Data de registro: 17/11/2011).

Diante do exposto, CONHEÇO dos presentes recursos, quais sejam Agravo de Instrumento nº. 0009585-54.2011.8.06.0000, Agravo de Instrumento nº. 0010319-05.2011.8.06.0000 e Agravo de Instrumento nº. 0009587-24.2011.8.06.0000, mas para NEGAR-LHES provimento, mantendo-se integralmente a decisão agravada, a qual concluiu acertadamente pelos indícios do procedimento ilegal da liquidação da empresa Construtora Cariri Ltda. – CONCASA, determinando-se a suspensão das decisões atinentes ao processo de liquidação em análise, revogando as decisões do termo de compromisso da liquidante, bem como todos os alvarás expedidos para a efetivação de transferência do patrimônio. Mantém-se, ademais, a gravação de inalienabilidade e intransferibilidade dos bens da empresa liquidanda, até decisão posterior a ser procedida pelo juízo monocrático, a partir da análise das provas trazidas pela instrução processual.

Fortaleza, 30 de maio de 2012.

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime

PROCESSO N°:101-97.2005.8.06.0170/1
TIPO: APELAÇÃO CRIME.
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE TAMBORIL/CE.
APELANTE: JOSÉ FÁBIO MOURÃO DE SOUSA ROSA.
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO. CABIMENTO. PROVA FRÁGIL PARA A IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE RECONHECIDA DE OFÍCIO. APELO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Aduz o apelante que a condenação baseou-se unicamente no depoimento de uma testemunha ouvida na fase inquisitorial e que inexiste no caderno processual prova segura da suposta traficância.

2. Colhidos os depoimentos em juízo, a prova jurisdicionada não é convincente, quanto à prática de comercialização de entorpecente pelo indigitado, confirmando a tese defensiva, onde sustenta ser usuário, que adquiriu a maconha para uso próprio e que o local da apreensão não é conhecido como ponto de venda.

3. A aplicação do princípio do *in dubio pro reo* se faz presente aqui como critério de solução da quizília, impondo-se como medida de justiça a desclassificação para o delito tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76, restando o réu condenado à pena de seis (06) meses de detenção e ao pagamento de cinquenta (50) dias multa, a ser cumprida em regime inicial aberto.

4. Apesar do crime ter ocorrido em 18/09/2005, data anterior a vigência da Lei 11.343/2007 (23/08/2006), mais benéfica ao uso de entorpecente, deixo de aplicá-la *in casu*, uma vez que da data da publicação da sentença vergastada (04/05/2007) até hoje, transcorreram mais de 05 (cinco) anos, sem recurso da acusação, isso implicando no instituto da prescrição.

5. A extinção da punibilidade deve ser reconhecida de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Inteligência do art. 61 do CPP.

6. Recurso conhecido. Apelo provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 101-97.2005.8.06.0170/1, oriundos do Juízo da Vara Única da Comarca de Tamboril/CE, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, José Fábio Mourão de Sousa Rosa e Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, por tempestivo, e reformar a respeitável sentença, declarando, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, nos moldes do art.107, IV, 109, VI e 110, do Código Penal, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

O Ministério Público com assento no Juízo da Vara Única da Comarca de Tamboril/CE, ofertou denúncia contra José Fábio Mourão de Sousa Rosa, por incursão no art. 12, *caput,* da Lei 6.368/76 (fls. 02/03).

Ultrapassada a instrução processual, com o resguardo do contraditório e da ampla defesa, o indigitado viu-se condenado às penas de cinco (05) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de cento e vinte (120) dias multa (fls. 101/108).

Recurso da defesa arguindo, em síntese, a reforma do *decisum* com a desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 (fls. 120/130).

Contrarrazões pugnando pela mantença da condenação (fls. 131/135).

Nesta Superior Instância, os autos foram com vista à douta Procuradoria Geral de Justiça, que opinou pelo conhecimento e provimento do apelatório (fls. 146/148).

É o relatório.

VOTO

O apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie. Passo à análise do mérito.

Como já dito, o apelatório visa à modificação do veredicto que condenou o apelante pelo crime de tráfico cometido sob a égide da Lei 6.368/76, às penas de cinco (05) anos de reclusão e cento e vinte (120) dias multa, a primeira, a ser cumprida em regime inicial fechado.

Irresignada com o *decisum*, a defesa busca a desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06, aduzindo insuficiência do conjunto probatório para sustentar a sentença, nos moldes em que lançada pelo juízo *a quo*.

Ademais, afirma que a condenação foi baseada num único testemunho

colhido no inquérito, desconsiderando os depoimentos dos policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, acrescenta ser o apelante usuário de drogas.

Corroborando com a tese defensiva, os milicianos afirmaram que não encontraram elementos indicativos de atos de traficância e nem movimentação indicativa de venda de maconha no local da apreensão. .

O arrazoado defensivo merece acolhimento, posto que os autos não contêm lastro probatório idôneo para firmar a condenação pelo tráfico de entorpecentes.

Em Juízo (fls.81/82), o réu negou a imputação, afirmando que era usuário e que tinha comprado a droga de um traficante conhecido por "Bilu" pela quantia de dez reais. Disse, ainda, que na manhã do dia fatídico foi à feira jogar bozó, tendo ganhado ali vinte e cinco reais, utilizando-se desse numerário para comprar maconha, gastando, ainda, cinco reais com cachaça.

Antônio Eliomar Sampaio Bezerra (fls. 88/88v), policial militar, afirmou:

> "[...] Que as passagens anteriores do acusado no destacamento policial deste município era de delito associado a furto, embriaguez e desordem; Que por comentários de populares à época quem trazia a maconha para a venda no Distrito de Sucesso era a pessoa conhecida como Bilu; […] Que o dinheiro apreendido com o acusado eram notas fracionadas de um e dois reais; […] que na apreensão da maconha que estava na posse do acusado não foram encontrados sacos plásticos e nem linha para a devida amarração; Que o bar do Sr. Ossean não é conhecido como ponto de venda de drogas [...]".

Do testemunho de Francisco Paulo Lins (fl. 89) extraio:

> "que não tem conhecimento de um traficante denominado Bilu, mas que tomou conhecimento que havia um senho de idade de aproximadamente 55 anos que aos domingos trazia numa bolsa provavelmente maconha para a venda, segundo o informante; […] que o bar do Ossean não é conhecido como ponto de venda de drogas; […] na época da prisão do acusado praticava-se na feira jogo de azar do tipo bozó; […] Que quando foi efetuada a prisão do acusado não havia movimentação no Bar do Ossean que quisesse dizer que havia venda de maconha; Que quando viram o acusado no Bar do Ossean ele ficou apreensivo, e que após foi feita a apreensão; […] não foram apreendidas com o acusado saco plástico ou linha ou até mesmo relação com nomes de usuários".

Na ocasião, apreenderam quinze (15) "dólares" de maconha e a quantia de dez reais (R$10,00), conforme auto de apresentação e apreensão (fl. 16), restando comprovada a materialidade, através de exame toxicológico (fl. 42).

O tipo penal previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76 é de ação múltipla ou conteúdo variado, pois apresenta diversas formas de violação da mesma proibição, bastando, para a consumação do crime, a prática de uma das condutas ali previstas.

Para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes atribuído ao recorrido, basta o dolo genérico de levar consigo a droga, com o "*animus"* de traficar, o que não restou comprovado.

Não há como aferir certeza nos depoimentos colhidos em juízo, quanto à prática de traficância. A prova neste sentido é frágil, inconsistente.

Por tais razões, pairando dúvidas a respeito da autoria do crime imputado ao apelante, forçoso atribuir razão à defesa e à douta Procuradoria de Justiça.

Neste tocante, o princípio do *in dubio pro reo* se insere aqui como critério de solução da incerteza, impondo-se como medida de justiça a desclassificação para o delito tipificado no art. 16 da Lei 6.368/76.

Nessa vertente:

> "TÓXICO – Tráfico – Desclassificação para uso próprio- condenado por infração ao art. 12, "caput" e art. 12, § 1º, II da Lei 6.368/76 – Réu que pleiteia a sua absolvição por insuficiência probatória e, subsidiariamente, requer a desclassificação para o art. 16, da Lei Especial – Viabilidade – A prova no sentido de que o recorrente comercializava entorpecentes não é convincente – As quantias apreendidas dessa substância e a situação fática apurada não imprimem segurança à conclusão de que se destinava ao comércio – Quanto à acusação de semeadura, restou evidenciado que as plantas de maconhas existentes, pequena quantidade, destinavam-se a uso próprio – Recurso parcialmente provido, para desclassificar a acusação e condenar o réu como incurso no art. 16, da Lei n. 6.368/76 e, de ofício, julga-se extinta a sua punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, com base nos artigos 107, IV, 109, VI, 110 e §§ e 115, todos do Código Penal, expedindo-se em seu favor alvará de soltura clausulado
> (TJSP, Ap. Crim. 497.766-3-/7, Poá, 5ª Câm. Da Seção Criminal, Rel. Marcos Zanuzzi, 22-6-2006, v.u., Voto n. 11.153)".

> "APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico ilícito. Absolvição. Impossibilidade. Desclassificação. *In dubio pro reo*. Cultivo. Competência do Juizado Especial Criminal. 1 – Não merece guarida a tese absolutória, quando o próprio condenado confessa que mantinha em depósito a substância entorpecente apreendida, mormente quando a confissão é confirmada pelo depoimento das testemunhas. 2 – Desclassifica-se o crime para uso quando a prova colhida nos autos é insuficiente para determinar com exatidão a prática do tráfico ilícito, aplicando-se, consequentemente, o princípio *in dubio pro reo*[...] Recurso conhecido e provido
> (TJGO, Ap. 29841-1/213, 2ª Câm., Rel. Des. Paulo Teles, j.3-4-2007)".

In casu, o juiz sentenciante dosou a pena base acima do mínimo legal, com supedâneo em referências genéricas, tendo considerado os antecedentes como desfavoráveis, em virtude do indigitado responder por outro delito.

Ademais, a valoração negativa das circunstâncias judiciais deve levar em consideração fatos concretos que justifiquem o aumento, além das elementares comuns

ao próprio tipo, sob pena de incorrer em *bis in idem,* o que não aconteceu na espécie.

Assim sendo, entendo ser desproporcional o aumento da reprimenda pelo juízo originário, ante a ausência de elementos reais que o justifique, daí porque aplico ao réu a pena base de 06 (seis) meses de detenção e 20 (vinte) dias multa, correspondendo o dia multa a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente, sanção que torno definitiva, à míngua de circunstâncias outras que elevem ou reduzam o *quantum* ora apurado, a ser cumprida em regime inicial aberto.

Na vertência, o fato narrado na exordial ocorreu em 18/09/2005, portanto, em data anterior a vigência da Lei 11.343/2007, que passou a tratar de forma menos gravosa o crime de uso de entorpecente, e que por ser mais benéfica, deverá retroagir. Todavia, deixo de aplicá-la, uma vez que da data da publicação da sentença vergastada (04/05/2007) até hoje, transcorreu mais de um quinquênio, sem recurso da acusação, implicando no instituto da prescrição.

Ante o exposto, conheço do apelo, para conceder-lhe provimento em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, reconhecendo *ex officio* a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma intercorrente, nos moldes do art.107, IV, 109, VI e 110, do Código Penal, c/c art. 61 do Código de Processo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 5 de fevereiro de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 1060-11.2005.8.06.0092/1
APELANTES: DEUSDEDIT MARTINS VERAS E FRANCISCO JUNHO DO NASCIMENTO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. INFRAÇÃO AO ART. 157, § 2º, INCISO II, C/C O ART. 14, INCISO II, AMBOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INOCORRÊNCIA. PALAVRAS DA VÍTIMA E DE TESTEMUNHA OCULAR DO DELITO FIRMES E COERENTES ACERCA DA DINÂMICA E AUTORIA DELITIVAS. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA. PROCEDÊNCIA. PENA-BASE MAJORADA CONSIDERANDO-SE ANTECEDENTES CRIMINAIS DESFAVORÁVEIS. CONDENAÇÃO ANTERIOR. NÃO COMPROVAÇÃO NOS AUTOS. AGRAVANTE EXACERBADA EM DEMASIA. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A versão dos apelantes destoa solitária em meio a todo o acervo probante coligido aos fólios, mostrando-se desprovida de plausibilidade e de quaisquer elementos de prova a lhe dar amparo, não havendo como prosperar, outrossim, a alegação de não estar configurado o emprego da violência ou grave ameaça contra a vítima, uma vez que tal circunstância restou sobejamente demonstrada no caderno processual por meio de testemunho *de visu* dos fatos e das firmes declarações do ofendido.

2. Tratando-se de crime usualmente praticado de maneira furtiva, às escondidas, preponderam as seguras declarações da vítima quanto à identificação dos infratores e demais circunstâncias do delito, máxime quando ratificadas por testemunha ocular do sinistro, havendo, pois, substrato fático bastante para dar supedâneo à condenação e proporcionar os subsídios necessários para estruturar a convicção do julgador no sentido do provimento condenatório.

3. No que concerne ao *quantum* da pena imposta aos apelantes, assiste razão à defesa ao pugnar pela redução da pena-base, porquanto sua majoração em dois anos pelo Juízo

a quo decorreu dos antecedentes criminais desfavoráveis dos acusados, referenciados nas certidões constantes dos autos, as quais contudo, a despeito de assinalarem o arquivamento de diversos feitos de natureza penal, não indicam a efetiva e pretérita condenação dos indigitados, não se revelando, assim, como elemento idôneo para o fim colimado pelo Juízo monocrático.

4. Procede a insurgência relativa ao patamar em que foi arbitrada a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do CP – 2 (dois) anos, visto que excede em demasia a práxis jurisprudencial e o escólio doutrinário sobre o tópico, os quais orientam que sua aplicação deve-se dar até a fração de um sexto da pena-base, em analogia ao limite mínimo previsto para as causas de aumento e de diminuição de pena, e considerando a maior intensidade ínsita às aludidas majorantes/minorantes.

5. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº. 1060-11.2005.8.06.0092/1, da Comarca de Independência, em que são apelante Deusdedit Martins Veras e Francisco Junho do Nascimento, 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 recurso, reduzindo a pena imposta a cada apelante para 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 20 dias-multa, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por DEUSDEDIT MARTINS VERAS e FRANCISCO JUNHO DO NASCIMENTO contra a decisão do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Independência que, julgando procedente a exordial acusatória, os condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal brasileiro, cominando a cada um a pena definitiva de 7 (sete) anos, 1 (um) mês) e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, e 20 (vinte) dias-multa.

A defesa dos apelantes argui em seu arrazoado que as provas carreadas aos autos não servem de sustentáculo para a condenação, não ficando comprovado o emprego da violência ou grave ameaça contra a vítima nem a retirada de algum dinheiro desta. Insurge-se, ainda, contra os patamares fixados para a pena-base do delito de roubo e para a circunstância agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea "h", do CP, aduzindo que esta última não restou devidamente comprovada. Requer seja proclamada

a absolvição do recorrente, ou, subsidiariamente, seja atenuada a pena que lhe foi imposta, reduzindo-se a pena-base até o mínimo legal, excluindo-se a circunstância agravante e aplicando-se a diminuição pela tentativa em seu grau máximo (fls. 87/92 e 93/98).

Contrarrazoando o recurso, a representante do Ministério Público pugna pela manutenção da sentença condenatória (fls. 103/106)

Instada a manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer no sentido de que se indefira provimento aos termos do apelo (fls. 119/122).

Por ocasião do primeiro mutirão carcerário promovido pelo Conselho Nacional de Justiça no ano de 2009, após vista dos autos pela Defensoria Pública do Estado bem como pela Procuradoria Geral de Justiça, foi reconhecido pela Relatora originária, por meio da decisão de fls. 165/167, o excesso de prazo na prisão provisória dos apelantes, sendo, em decorrência, determinada suas solturas.

Tendo em vista a aposentadoria da eminente Relatora originária, restou o feito redistribuído por encaminhamento a este signatário.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do vertente recurso, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta Segunda Instância.

Segundo admitiu a sentença guerreada, no dia 07/06/2005, por volta das 12:00 h, no banheiro do Mercado Público do Município de Independência, os apelantes, mediante grave ameaça e agressões físicas, tentaram roubar determinada quantia da vítima, Sr. Francisco Belarmino de Assis, não logrando êxito em seu desiderato criminoso por circunstâncias alheias às suas vontades, em virtude da ação de um terceiro, Sr. Cornélio Augusto Soares da Silva, que interveio em favor do ofendido.

As declarações da vítima, colhidas tanto no inquérito policial (fls. 11/12) quanto em juízo (fls. 60/61), mostraram-se uníssonas e circunstanciadas quanto à dinâmica delituosa, tendo ela, em ambas as ocasiões, de forma peremptória, reconhecido os acusados como os autores do sinistro e atestado a grave ameaça e as agressões dirigidas contra si.

A testemunha ocular dos fatos, Cornélio Augusto Soares da Silva, depôs sobre o ocorrido em perfeita consonância com as declarações do ofendido vítima, testificando a violência por ele sofrida, bem como a contingência de, por sua interferência, ter obstado a consumação do crime pelos sentenciados, os quais também reconheceu de forma convicta (fls. 52/53).

As demais testemunhas de acusação, policiais que efetuaram a prisão em flagrante delito dos incriminados, corroboraram os relatos da vítima, detalhando as declarações desta ao tempo do delito (fls. 54/57).

Não foram relacionadas testemunhas pela defesa.

Interrogados perante as autoridades policial e judicial (fls. 08 e 41/44), os recorrentes mantiveram-se silentes na fase inquisitiva e negaram a autoria do crime em juízo, apresentando, porém, versão absolutamente inverossímil frente aos demais meios de prova, no sentido de que o acusado Deusdedit teria, sem nenhum motivo, sido agarrado pela vítima no interior do banheiro público, ocasião em que teria ali entrado a testemunha ocular e pedido que "parassem aquela confusão".

Deveras, a versão dos apelantes destoa solitária em meio a todo o acervo probante coligido aos fólios, mostrando-se desprovida de plausibilidade e de quaisquer elementos de prova a lhe dar amparo, não havendo como prosperar, outrossim, a alegação de não estar configurado o emprego da violência ou grave ameaça, uma vez que tal circunstância restou sobejamente demonstrada no caderno processual por meio de testemunho *de visu* dos fatos e das firmes declarações do ofendido.

Com efeito, tratando-se de crime usualmente praticado de maneira furtiva, às escondidas, preponderam as seguras declarações da vítima quanto à identificação dos infratores e demais circunstâncias do delito, máxime quando ratificadas por testemunha ocular do sinistro, havendo, pois, substrato fático bastante para dar supedâneo à condenação e proporcionar os subsídios necessários para estruturar a convicção do julgador no sentido do provimento condenatório.

Em casos que tais, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça perfilha idêntica orientação, senão vejamos:

> **STJ –** PENAL. *HABEAS CORPUS*. **ROUBO CIRCUNSTANCIADO.** 1. **DEPOIMENTO EXCLUSIVO DA VÍTIMA.** PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE APROFUNDAMENTO NA PROVA. 2. REGIME INICIAL FECHADO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE ABSTRATA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. DIREITO AO REGIME MENOS GRAVOSO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. ORDEM CONCEDIDA EM PARTE. 1. **As declarações da vítima, apoiadas nos demais elementos dos autos, em se tratando de crimes cometidos sem a presença de outras pessoas, é prova válida para a condenação, mesmo ante a palavra divergente do réu.** 2. Não é possível a imposição de regime mais severo que aquele fixado em lei com base apenas na gravidade abstrata do delito. 3. Para exasperação do regime fixado em lei é necessária motivação idônea. Súmulas 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n.º 440 deste Superior Tribunal de Justiça. 4. Ordem concedida em parte, acolhido o parecer e ratificada a liminar, a fim de fixar o regime semiaberto para o início do cumprimento da reprimenda imposta ao paciente, em obediência ao disposto no artigo 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, uma vez que não foi fundamentada a imposição de regime inicial mais gravoso.a. (**Grifos nossos**).
> (HC 195467/SP – Sexta Turma, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 14/06/2011, Publicação: DJe 22/06/2011).
>
> **STJ –** *HABEAS CORPUS*. **ROUBO QUALIFICADO. ÔNUS DA PROVA.**

> **ÁLIBI APRESENTADO PELA DEFESA E NÃO COMPROVADO.** CONJUNTO PROBATÓRIO DEVIDAMENTE ANALISADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME VEDADO NESTA VIA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. MAUS ANTECEDENTES. **Não se afigura como ilegal sentença condenatória que desconsidera álibi apresentado pela defesa e não comprovado, sendo que as instâncias ordinárias consideraram suficientemente comprovada a materialidade e autoria do delito, tendo sido o ora paciente, inclusive, reconhecido pelas vítimas.** Incabível, nesta via estreita, reexame do conjunto probatório que corroborou a condenação. A existência de maus antecedentes pela prática de crime da mesma espécie justifica a exacerbação do regime inicial de cumprimento da pena. Ordem denegada. (**Grifos nossos**).
> (HC 20620/SP – Quinta Turma, Relator: Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Julgamento: 04/06/2002, Publicação: DJ 01/07/2002).

> **STJ –** *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO. **TESTEMUNHO DE POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA, MORMENTE QUANDO CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO.** CONTESTAÇÃO DO EXAME PERICIAL QUE AFASTOU A DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO ACUSADO. INVIABILIDADE DA VIA ELEITA. 1. A alegação de insuficiência de provas para a condenação, a pretensão absolutória esbarra na necessidade de revolvimento do conjunto probatório, providência incompatível com os estreitos limites do *habeas corpus*. 2. **De se ver, ainda, os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.** 3. [*Omissis*]. 4. [*Omissis*]. 5. Ordem denegada. (**Grifos nossos**).
> (HC 98766/SP – Sexta Turma, Relator: Ministro OG FERNANDES, Julgamento: 05/11/2009, Publicação: DJe 23/11/2009).

No que concerne à irresignação pelo *quantum* da pena imposta aos apelantes, todavia, tenho que assiste razão à defesa ao pugnar pela redução da pena-base, porquanto sua majoração em dois anos pelo Juízo *a quo* decorreu dos antecedentes criminais desfavoráveis dos acusados, referenciados nas certidões de fls. 32/34 e 35, as quais contudo, a despeito de assinalarem o arquivamento de diversos feitos de natureza penal, não indicam a efetiva e pretérita condenação dos indigitados, não se revelando, assim, como elemento idôneo para o fim colimado pelo Juízo monocrático, na esteira do que orienta a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a saber:

> **STJ–***HABEAS CORPUS*.IMPETRAÇÃOORIGINÁRIA.SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. [*Omissis*]. 2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*]. 4.

[*Omissis*]. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VAGA E IMPRECISA. **MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE NEGATIVA. AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. SÚMULA 444/STJ.** CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NEGATIVIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. CORRÉU. SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DA ORDEM. 1. Não há como se elevar a pena-base com fundamento na consideração de que o acusado agiu com alto grau de culpabilidade, sem indicar elementos concretos que levassem a essa conclusão. 2. Ilegal considerar-se negativos os motivos e consequências do delito, quando embasados em elementares do tipo penal violado e em argumentos genéricos. 3. **Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Súmula 444/STJ.** 4. Havendo suficiente fundamentação quanto à desfavorabilidade das circunstâncias do delito, devida a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal. 5. O artigo 580 do CPP permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal, exatamente como ocorre na espécie. 6. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para afastar as circunstâncias judiciais ilegalmente consideradas, redimensionando-se a pena do paciente, que resta definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, estendendo-se, também de ofício, e nos termos do art. 580 do CPP, a decisão ao corréu MARCOS PIMENTA DE CARVALHO, mantidos os demais termos da sentença e do aresto impetrado. (**Grifos nossos**).
(HC 175123/ES – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 05/02/2013, Publicação: DJe 18/02/2013).

STJ – RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL E PENAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA DE DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULAS 356 E 284/STF. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO (ART. 228 DO CP). CONFIGURAÇÃO DO DELITO. PONTO EM QUE VOTOU VENCIDO O RELATOR. ESTUPRO. FALTA DE JUSTA CAUSA. INEXISTÊNCIA. REEXAME DE PROVA. DESCABIMENTO. SÚMULA 7/STJ. MAUS ANTECEDENTES. UTILIZAÇÃO DE PROCESSOS EM CURSO OU ARQUIVADOS SEM CONDENAÇÃO. DESCABIMENTO. SÚMULA 444/STJ. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CRIME COMETIDO ANTES DA LEI N. 12.015/2009. CARÁTER HEDIONDO AFASTADO. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 11.464/2007. CIRCUNSTÂNCIA

> JUDICIAL NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. MANUTENÇÃO. 1. [*Omissis*]. 2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*]. 4. [*Omissis*]. 5. [*Omissis*]. 6. **Processos criminais em curso ou arquivados sem condenação não se prestam para configurar maus antecedentes. Aplicação da Súmula 444/STJ.** 7. [*Omissis*]. 8. [*Omissis*]. 9. [*Omissis*]. 10. Existindo circunstância judicial negativa lastreada em fundamentação idônea (culpabilidade), a qual mantém a pena-base acima do mínimo legal, não há ilegalidade na manutenção do regime inicial fechado. 11. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido para afastar o caráter hediondo do crime de estupro e a valoração negativa dos antecedentes, ficando a pena reduzida, quanto a esse delito, a 6 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial fechado. Mantida a condenação do paciente pela prática do crime de favorecimento à prostituição - ponto em que ficou vencido o Relator. (**Grifos nossos**).
> (REsp 1319629/AC – Sexta Turma, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgamento: 02/08/2012, Publicação: DJe 17/09/2012).

Pertinente à circunstância agravante elencada no art. 61, inciso II, alínea "h", do CP, desmerece total guarida a alegação de que não restou comprovada nos autos, haja vista que a vítima consignou sua idade provecta ao longo de toda a *persecutio criminis,* sem que exsurgisse qualquer controvérsia a esse respeito. O próprio causídico dos recorrentes foi decisivo ao confirmar tal fato, argumentando em suas alegações finais que: "Se os acusados tivessem agredido a suposta vítima, que tem mais de 70 anos de idade, com certeza teria ficado no mínimo com escoriações por seu corpo, fato que não aconteceu nem ficou comprovado nos autos" (fl. 74 - grifos no original). Despiciendo, assim, maiores digressões sobre a regularidade da incidência da agravante.

Entrementes, procede a insurgência relativa ao patamar em que foi arbitrada a citada agravante – 2 (dois) anos, visto que excede em demasia a práxis jurisprudencial e o escólio doutrinário sobre o tópico, os quais orientam que sua aplicação deve-se dar até a fração de um sexto da pena-base, em analogia ao limite mínimo previsto para as causas de aumento e de diminuição de pena, e considerando a maior intensidade ínsita às aludidas majorantes/minorantes.[1]

Em função de tais considerações, passo à nova dosimetria da pena imposta aos apelantes, o fazendo de forma conjunta pela similitude de suas situações.

Fixo suas penas-base em 4 (quatro) anos de reclusão, mínimo legal para o crime de roubo, tendo em conta a ausência de elementos idôneos nos autos para impingir o caráter de desfavoráveis às circunstâncias judiciais do art. 59, do CP.

Agravo a pena-base em 1/6 (um sexto), ou seja, 8 (oito) meses, em virtude da agravante do art. 61, inciso II, alínea "h", do CP.

Adoto as frações estipuladas pelo Juízo *a quo* para a majorante do concurso de agentes (um terço) e para a minorante da tentativa (um terço), dadas as

1 GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011. p.159.

suas escorreitas escolhas, e, igualmente, atentando para o *iter criminis* percorrido pelos acusados no episódio *sub examine*.

Resulta, assim, do novo cálculo efetivado, para cada um dos recorrentes, a pena definitiva de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, *ex vi* do art. 33, § 2º, "b", do CP.

Mantém-se a pena cumulativa de multa preconizada para o tipo legal infringido, determinando-a nos mesmos moldes do Juízo monocrático, qual seja, de 20 dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo o dia-multa.

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo cada uma das penas impostas aos apelantes para 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 20 dias-multa, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza,18 de março de 2013.

PROCESSO: 0128051-72.2009.8.06.0001 - APELAÇÃO
APELANTE:MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: EDVAN NOGUEIRA DE ABREU
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PROCESSO PENAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO CRIMINAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA A PROVA DOS AUTOS. OCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Em obediência ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, previsto no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea "c", da Constituição Federal, somente se anula o julgamento do Tribunal do Júri quando este for manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, quando não tiver apoio em qualquer elemento de convicção constante dos fólios, sendo proferido ao arrepio de tudo quanto mostra o caderno processual, o que ocorreu in casu.

2. A flagrante dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos durante a instrução autoriza a cassação do julgamento efetuado pelo júri popular, que, diante do quadro delineado, optou pela prevalência da versão fictícia, não amparada em qualquer elemento de convicção relevante capaz de corroborar-lhe a veracidade.

3. Recurso conhecido e provido para submeter o acusado a novo julgamento.

ACÓRDÃO

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer da apelação interposta, conferindo-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, parte integrante deste.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação Crime interposta pelo Ministério Público, pugnando para que o acusado Edvan Nogueira de Abreu seja submetido a novo julgamento pelo Tribunal Popular, sob o argumento de que a decisão que o absolveu das tenazes do

art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal Pátrio, está manifestamente contrária à prova dos autos.

Contrarrazões da defesa às fls.165/166, pelo improvimento do pedido, seguindo-se parecer da Procuradoria Geral de Justiça, manifestando-se pelo provimento ao apelo do Ministério Público.

É o breve relato.

À douta Revisora.

VOTO

Trata-se de recurso de apelação crime, interposto contra sentença proferida pelo Exmo. Sr. Juiz de Direito Presidente da 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce, que absolveu o acusado, pela vontade soberana do conselho de sentença, das tenazes do art. 121, § 2º, incisos II e IV, c/c art. 14, inciso II, todos do Código Penal Brasileiro.

Aduz o Ministério Público, em síntese, que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, requerendo por este motivo que o mesmo seja submetido a novo julgamento.

Consta na denúncia que no dia 09 de novembro de 2009, por volta das 16:43 horas, na Rua Paraná, em frente a fábrica de confecção "STOP JEANS", no Bairro Demócrito Rocha, na Cidade de Fortaleza/CE, o denunciado, acima mencionado, fazendo uso de arma de fogo, tentou assassinar Osmar Rodrigues da Silva e Francisco José Fernandes Barbosa, não conseguindo consumar o crime por circunstâncias alheias à sua vontade.

Quando do julgamento, o Tribunal Popular de maneira equivocada e sem nenhum respaldo ao que nos autos constam, absolveram o acusado do crime de tentativa de homicídio qualificado, o que, certamente, contrariou as provas inseridas neste caderno processual

Em Sessão Plenária (Ata de fls. 156/157), o Ministério Público sustentou que foi Edvan Nogueira de Abreu, o autor da tentativa de homicídio em desfavor das vítimas Osmar Rodrigues da Silva e Francisco José Fernandes Barbosa, requerendo a condenação do acusado, sendo que, o Conselho de Sentença, por maioria, respondeu 'NÃO' ao primeiro quesito sobre a existência dos disparos de arma de fogo, ficando os outros quesitos prejudicados.

No entanto, extrai-se do acervo probatório que, as testemunhas e as vítimas foram categóricas no reconhecimento do acusado como sendo o autor do crime, não existindo qualquer elemento que justifique a absolvição do réu pelo Tribunal Popular.

Portanto, a decisão do Conselho dos Sete não se coaduna com as provas que foram colhidas no decorrer do processo, restando clarividente a grande contradição entre o veredito do Tribunal do Juri e os elementos de convicção colhidos no bojo dos autos, senão vejamos:

> " (…) que em seguida o acusado entrou dentro de casa e voltou com a arma na mão e atirou em direção ao tal rapaz que estava na calçada da fábrica; que neste momento do disparo, o moto taxista, estava na outra calçada defronte ao tal rapaz; que esclarece que realmente o tal rapaz estava em uma calçada e o moto taxista na calçada do outro lado da rua; que a depoente só ouviu um disparo de arma de fogo; que tal rapaz não fora atingido, que o moto taxista também correu(...)" Depoimento da testemunha Andrelina Rodrigues Azevedo às fls. 73/75.
>
> " (…) que o acusado quando desceu da moto perguntando pelo dinheiro, oportunidade em que o declarante tirou a cédula do bolso e disse "taqui os vinte reais!"; que o acusado ao pegar os vinte reais chamou o filho que estava dentro de casa, de aproximadamente uns quinze anos e pediu ao filho que fosse trocar o dinheiro para pagar os oito reais ao declarante; que em seguida o rapazinho sai pra trocar o dinheiro, que a essa altura o declarante estava em pé do lado da moto estacionada, enquanto que o acusado entrou em sua residência; que decorrido menos de um minuto, " lá vem ele com um revólver na mão e meteu bala nos pés do declarante!" que o declarante não foi atingido pois saiu correndo pela calçada, oportunidade em que o acusado efetuou um outro disparo em sua direção, também não acertando(...)" Declaração da vítima Oscar Rodrigues da Silva às fls. 91/94.
>
> "(…) que estava dentro de casa quando ouviu a confusão; que saiu para ver o que se passava do lado de fora; que viu Edvan de arma na mão apontando para o taxista ; que tomou um susto e caiu para trás; que quando já estava no chão ouviu dois disparos; que o taxista estava deitado na ponta da calçada da depoente; que quando o taxista estava deitado no chão é que ouviu somente dois disparos e não quatro ; que o atirador estava a uma distância de menos de dois metros do taxista (...)" Depoimento da testemunha Elvia Gomes Rodrigues às fls. 110/112.

Nesse quadro, verificamos que a decisão do Conselho de Sentença se dissociou, manifesta e integralmente, do que nos autos constam, porquanto o Colendo Conselho, em detrimento das provas produzidas nos autos, acolheu a tese da defesa, respondendo negativamente aos quesitos que atribuíam ao apelado a autoria do crime de homicídio qualificado tentado.

Portanto, flagrante a dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos durante a instrução, autoriza-se a cassação do julgamento efetuado pelo Júri Popular, que, diante do quadro delineado, optou pela absolvição, não amparada em qualquer elemento de convicção capaz de corroborar-lhe a veracidade.

Nesse sentido, jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PACIENTE ABSOLVIDO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO MINISTERIAL PROVIDO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA ANULADA. SUBMISSÃO A NOVO JULGAMENTO. NEGATIVA DE AUTORIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA INCABÍVEL NA VIA ELEITA. VIOLAÇÃO

> À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. INEXISTÊNCIA. *WRIT* DENEGADO. EXCESSO DE LINGUAGEM DO ACÓRDÃO IMPUGNADO. INVASÃO INDEVIDA DA COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.
> 1. **O Tribunal de origem demonstrou, com a devida fundamentação, ter sido a decisão do Conselho de Sentença manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto a negativa de autoria apresentada pelo réu, que afirmou estar em outra cidade na hora do crime, foi contrariada pelos demais elementos de prova coligidos, inclusive depoimento de testemunha ocular do crime, que reconheceu o Paciente como o autor do crime em plenário.**
> 2. A pretensão de reverter o julgado, acolhendo a tese de que o veredicto absolutório do Tribunal do Júri, cassado em sede de apelação, encontra amparo na prova dos autos, é questão insuscetível de análise na presente via, porquanto, como é sabido e consabido, não se presta o habeas corpus para revolvimento de matéria fático-probatória.
> 3. **É firme o entendimento desta Corte e do Excelso Pretório no sentido de que a submissão do acusado a novo julgamento não viola o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri.**
> 4. Contudo, o acórdão que, dando provimento ao recurso ministerial de apelação, afirma categoricamente que a autoria do crime pelo Paciente está demonstrada pelo conjunto fático-probatório dos autos, adentra indevidamente na matéria de competência constitucional do Tribunal do Júri.
> 5. Precedentes desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal.
> 6. Habeas corpus denegado. Ordem concedida, de ofício, para que seja riscada a expressão:"As provas apontam o apelado como autor do crime, ressalvado o entendimento soberano do novo conselho de sentença que porventura venha a julgá-lo" do acórdão impugnado.
> (HC 178.330/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2011, DJe 29/09/2011).

Diante do exposto, dou provimento ao recurso do Ministério Público para que o acusado, Edvan Nogueira de Abreu, seja submetido a novo julgamento pela 2ª Vara do Tribunal do Júri da Comarca de Fortaleza/Ce.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

APELAÇÃO Nº : 2383-12.2000.8.06.0097/1
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE IRACEMA
RECORRENTE : JOSÉ ANEÍLSON PEREIRA
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSO PENAL. 157, §3º, *IN FINE*, DO CPB. 1. TESE NEGATIVA DE AUTORIA. IMPOSSIBILIDADE. PROVA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. CRIME HEDIONDO. INCONSTITUCIONALIDADE RELATIVA AO REGIME PRISIONAL. MODIFICAÇÃO, *EX OFFICIO*, PARA PERMITIR PROGRESSÃO DE REGIME. SÚMULA Nº471 DO STJ. Recurso conhecido e desprovido. Reconhecimento, *ex officio*, do direito à progressão de regime.

1. A tese negativa de autoria do crime entra em completa dissonância com a prova testemunhal produzida e com demais elementos indiciários acostados aos autos, sendo certo que, apesar de os indícios colhidos na fase policial, em regra, não poderem ser considerados isoladamente na sentença, por não serem submetidos ao contraditório e à ampla defesa, servem de reforço à prova colhida em Juízo, o que ocorreu no caso concreto. Condenação mantida.

2. Verificado que ao réu imposto cumprimento da pena reclusiva em regime integralmente fechado, dado necessário, em face do princípio da aplicação da lei mais benéfica, reconhecer-lhe o direito à progressão de regime, aplicando-se o art. 2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 com as modificações introduzidas pela Lei nº 11.464/07, exceto quanto aos requisitos temporais de sua concessão, eis que mais gravosos se comparados aos previstos no artigo 112 da Lei de Execuções Penais.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de nº 2383-12.2000.8.06.0097/1, em que foi interposto recurso de apelação pela Defesa contra sentença proferida na Vara Única da Comarca de Iracema, pela qual restou condenado José Aneílson Pereira, por crime previsto no art.157, §3º, *in fine*, do Código Penal Brasileiro.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal

do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do apelo e negar-lhe provimento, e em reconhecer, *ex officio*, o direito à progressão de regime, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2012.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, recebo o recurso interposto.

Insurge-se o réu contra o mérito condenatório, requerendo a modificação do *decisum* para um decreto absolutório, sob a alegação de insuficiência de provas para manter-se a decisão primeva.

Compulsando os autos, verifico que não merece provimento a razão recursal expendida. Explico.

De início, impede observar que estavam no local do crime apenas o adolescente Jefferson, conhecido pela alcunha de Zezinho, o acusado e a vítima.

O adolescente Jefferson, tanto no procedimento instaurado para apurar sua responsabilidade na condição de menor infrator, como em sede de procedimento policial, relatou os fatos, assumindo a responsabilidade do crime, dizendo que tanto ele como o acusado José Aneílson Pereira, promoveram chutes e pancadas com coco no corpo da vítima, após lhe subtraírem "um burrinho de cachaça". Afirmou, inclusive que foi Aneílson que lhe chamou para tomarem o litro de cachaça da vítima. Em sede de Juizado da Infância e Juventude, afirmou que ele e Aneílson acertaram praticar um furto no colégio, quando ainda se encontravam no bar do arame, ingerindo bebida alcoólica.

Na presente ação penal Jefferson (adolescente), quando ouvido em sede de carta precatória (fl. 115), confirmou, mais uma vez, que ele e o acusado haviam ingerido bebida alcoólica no dia do fato. Declarou, novamente, que ambos, ele e o acusado agrediram fisicamente a vítima, muito embora tenha dado versão diversa aos fatos, no sentido de que atuaram dessa forma em razão de haverem sido alvo de tentativa de agressão por parte dela. Na ocasião declarou, ainda, que a vítima não conduzia arma e que ela (Tetéu) tinha desentendimento com o acusado Aneílson. (Observa-se à fl. 73, intimação da Defesa conforme despacho de fl. 71, onde além da designação do ato, determinou-se a expedição de carta precatória para sua oitiva).

O acusado, em ambas as vezes que lhe foi dado falar, ofereceu a mesma tese – que se encontrava ingerindo bebida alcoólica, quando o adolescente Jefferson chegou à mesa do bar em que se encontrava; que passaram algum tempo ali e saíram juntos, em direção ao local onde estavam ocorrendo as quadrilhas; que Jefferson avistou a vítima em uma calçada, sentada, sozinha com a cabeça junto às pernas, e o convidou para "catá-la", ou melhor furtá-la, mas não aceitou, dizendo que não "era disso e conhecia o rapaz"; que Zezinho (Jefferson) foi quem puxou o "burrinho de cachaça" da vítima (que se encontrava bastante embriagada), ato em que ela acordou e, ao vê-lo (o depoente),

chamou por seu nome. Nessa ocasião, Zezinho deu um soco na vítima na região do abdômen, passando a vítima (Tetéu) a lhe pedir para não agredi-la; no entanto, Zezinho passou a espancá-la fortemente, com socos na boca e pontapés na região do corpo, que o deixaram caído ao solo, sem qualquer movimento, tendo, inclusive, Zezinho, "pulado com os dois pés, por duas vezes", sob o abdômen de Tetéu, o qual deu dois gemidos. Disse, ainda, que Zezinho o agrediu, com um coco, batendo com muita força na cabeça dele; que Zezinho deixou a vítima sem movimento ao solo e falou para o depoente correr porque a viatura da polícia estava se aproximando, o que não era verdade; que lhe disse que não iria correr porque nada tinha feito. Afirmou, ainda, que "pediu para Zezinho não agredir a vítima, dizendo que era um coitado e conhecia o mesmo de muito tempo", mas Zezinho disse que o depoente não se metesse; que estava muito embriagado, mas se recorda de todo o fato, inclusive, quando chegou na praça permaneceu com Zezinho numa mesa e "perguntou pelo burrinho de cachaça de Tetéu....". Afirmou, ainda, haver sido ameaçado por Zezinho para não relatar a verdade dos fatos a outrem, e, no outro dia, quando chegou à residência da vítima, lá, de fato, não relatou o acontecido, vindo a fazê-lo somente posteriormente, quando para lá retornou, à tarde, porque as pessoas estava desconfiando de sua pessoa, ato em que resolveu contar à genitora da vítima e ao sobrinho dela o que Zezinho houvera feito.

Essa versão apresentada pelo acusado se demonstra descabida, tendo em vista que não há qualquer sentido em haver afirmado perante o Juizado da Infância não saber o motivo por que não socorreu a vítima e em Juízo, quando interrogado, afirmar que estava bastante embriagado. Ademais, apesar de haver dito se encontrar em alterado estado decorrente de embriaguez, relatou os fatos com riqueza de detalhes, situações, *a priori*, incompatíveis. Admitindo-se, ainda, o alegado estado de embriaguez que o impediria de defender a vítima, preferiu permanecer no local do crime, a tudo assistindo inerte, a de lá sair em busca de socorro, ou, no mínimo, com o fim de se eximir da responsabilidade penal, observado o fato de que era possível deixar o local porque o adolescente não estava armado. Nesse sentido, afirmou haver sido por ele ameaçado, muito embora tenha afirmado que "depois do sepultamento da vítima, não mais sofreu ameaça do adolescente", quando ouvido como testemunha no procedimento realizado no Juizado da Infância e Juventude (fls. 35/35v). Também a sua inércia se demonstra incompatível com a declaração que fez em Juízo (fls. 67/68) no sentido "de que era bastante amigo da vítima e jamais tinha tido qualquer desentendimento com o falecido", porquanto quedou, segundo sua versão, parado, mesmo a vendo ser gravemente agredida. Mais à frente, afirmou que já houvera ingerido bebida alcoólica juntamente com a vítima, enquanto que a irmã da vítima afirmou, perante o Juizado da Infância e Juventude que "no dia do ocorrido Aneílson tinha passado a tarde bebendo com a vítima no bar do arame; que Aneílson se fazia amigo da vítima...".

Portanto, não há como se acolher a tese apresentada pelo acusado, de total responsabilidade do menor infrator quanto à subtração de pertences da vítima e por sua morte, quando incompatível com o estado de embriaguez a narrativa, por ele, de fatos

tão relevantes, com tamanha riqueza de detalhes, envolvendo séria agressão física que culminou com a morte de um ser humano, pessoa, inclusive, de quem o acusado se disse amigo e com quem já estivera bebendo em outras ocasiões.

Ademais, acaso admitida essa versão como a realidade dos fatos, a presença do réu na cena do crime e a sua posterior saída do local, em companhia do suposto único agressor, levando o bem subtraído da vítima, conduz ao entendimento de que aderiu ao ato criminoso, inclusive pelo fato de não haver comprovado o motivo real para não atuar contra tal conduta ou para não se extrair do local com o intuito de se eximir da responsabilidade ou, ainda, na busca de socorro.

Juntem-se a isso, depoimentos de familiares da vítima que trazem a Juízo a possibilidade de confirmação, por ela própria, de haver sido agredida por mais de um agente, quando nos autos, por várias vezes, anota-se que a vítima, na noite após o crime e que antecedeu à sua morte, deitada ao chão de sua residência, chegou a comentar: "amanhã eu pego ele"(fl. 15); "deixe que no outro dia eu pego ele" e "deixe que amanhã eu pego eles" (fl.36); "deixe estar que amanhã eles me pagão"(fl.80).

E mais, o pai do adolescente, quando ouvido em sede de Juizado da Infância, declarou que "ouviu dizer que o seu filho estava sendo acusado de matado a vítima; que as pessoas também diziam que Aneílson também possuía envolvimento com o caso; que a família disse que Aneílson já havia batido em Teteu para furtar algum dinheiro que possuísse no bolso; que Aneílson é maior e bebe constantemente...".

Ademais, observa-se que a vítima foi gravemente lesionada por instrumento contundente, a teor de trecho do laudo cadavérico cuja cópia se acosta à fl.10:

> "Ao exame cadavérico verificamos: equimoses e hematoma na mucosa labial superior a inferior. Presença de secreção sanguinolenta. Ao exame interno: cabeça – ausência de fratura craniana; ausência de hemorragia e/ou outras alterações de interesse médico-legal. Tórax e abdômen: presença de hematoma em torno do esterno; fratura do 4º, 5º e 6 arco intercostal bilateral; hematoma sobre o pericárdio; coração e pulmões achavam-se íntegros; fígado aumentado, endurecido; estômago contendo saco gástrico; ausência de hemorragia digestiva; baço e rins íntegros; presença de hematoma e rotura do mesentério, alças do intestino delgado o que determina volumosa hemorragia abdominal. Não evidenciamos outras alterações nas cavidades torácica e abdominal. Em face do exposto concluímos tratar-se de morte real por rotura de vasos do mesentério o qual provocou hemorragia na cavidade abdominal".

Assim, as lesões descritas no laudo são compatíveis com as agressões descritas tanto pelo adolescente como pelo acusado, sendo certo que denotam a imensa violência com que atuaram contra a vítima, não se demonstrando, dessa forma, a versão do réu concebível, no sentido de permanecer inerte diante de tamanha violência e a ela não se contrapor, de alguma forma, no sentido, repito, de que, acaso não conseguisse diretamente impedir a ação do adolescente (que se encontrava desarmado), tinha a

possibilidade de buscar socorro, ou, no mínimo, de uma forma muito egoísta, ausentar-se do local para não ser igualmente responsabilizado.

Nesse sentido, bem colacionado o entendimento jurisprudencial:

> APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE LATROCÍNIO (ART. 157, §3º, *IN FINE*, C/C ART. 211, DO CÓDIGO PENAL – Co-autoria perfeitamente caracterizada nos autos consuma-se o latrocínio quando o agente emprega violência contra a vítima, mesmo que o fato morte não esteja em seus planos e ainda que não haja subtração de bens da vítima, mas o despojo de bens esteja em seu desiderato. Indiferente para os fins de reconhecimento da co-autoria no crime de latrocínio saber-se qual dos agentes foi o autor dos golpes fatais. Presentes ambos no cenário da infração, a ela aderindo conscientemente, predispostos à subtração ocorrida, devem responder solidariamente pelo crime consumado (RT 666/298) caracteriza o crime de ocultação de cadáver quando o(s) meliante(s), com dolo evidente, leva a infeliz vítima a um lugar ermo, escondendo o corpo sob intensa vegetação, só vindo a ser descoberto dias depois, quando o processo de decomposição denunciou sua existência"
> (TJSC – Acr 00.0113967-0 – 1ª C. Cri. – Rel. Des. Solon d`Eça Neves – J. 19.09.2000)

> APELAÇÃO CRIMINAL LATROCÍNIO. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA NÃO CONFIGURADA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. RECURSO IMPROVIDO. I - As contundentes provas colhidas durante a persecução criminal demonstraram a intenção dos apelantes em praticar o roubo, e que o resultado morte, embora não fosse seus desejos diretos, estava na esfera de previsibilidade, pois agindo com tamanha agressividade em face de um idoso de 75 anos, submetendo-o a extremo sofrimento físico e mental, perfeitamente previsível que o mesmo viesse a sofrer graves consequências, inclusive até mesmo o óbito; II - Não há se falar em participação de menor importância, na medida em que, relevante e certamente decisiva a presença de Vandernilson no local do crime, apoiando moralmente seu comparsa; III - Não há que se falar em aplicação das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, posto que já devidamente computadas na sentença recorrida; IV - Quanto ao pleito de retirada da majorante do emprego de arma, não merece acolhida, posto que tal qualificadora sequer foi considerada na dosimetria da pena. V - Apelação conhecida e improvida. (20110066648 AM 2011.006664-8, Relator: Des.ª Encarnação das Graças Sampaio Salgado, Data de Julgamento: 20/08/2012, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 24/08/2012)

Importante observar que há um contexto probatório, formado a partir de da oitiva em Juízo da testemunha Jefferson – adolescente igualmente responsabilizado pela conduta – que não pode ser desacreditado a qualquer pretexto, uma vez que não há sequer notícias nos autos de que tenha interesse de imputar fato inverídico ao

acusado. Seu depoimento na fase judicial encontra respaldo, tanto na fase investigativa como na judicial realizadas no procedimento instaurado inicialmente para apuração da responsabilidade que lhe fora imputada a título de ato infracional, esses aqui tomados sob o aspectos de elementos indiciários. Também encontra respaldo nas graves lesões anunciadas no laudo cadavérico e na ausência de plausibilidade na versão apresentada pelo réu, pela qual, inclusive, confessou estar na cena do crime, mas afirma, sem qualquer convicção ou prova, que não teve qualquer participação na conduta criminosa.

Importante observar que, apesar de indícios trazidos pelo inquérito policial não poderem ser valorados de forma absoluta no sentido de uma condenação, porquanto não submetidos ao crivo da ampla defesa e do contraditório, podem servir de forma a robustecer e reforçar a prova colhida em Juízo, conforme entendimento jurisprudencial.

> RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE FURTO. PEDIDO DE FIXAÇÃO DE REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL *A QUO*. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NULIDADE DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA TAMBÉM EM PROVA COLHIDA EM JUÍZO. PRECEDENTES DO STF. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.
> 1. Inicialmente, entendo que o presente recurso não pode ser conhecido em relação ao pedido de fixação do regime aberto para o cumprimento da pena aplicada ao recorrente.
> 2. Com efeito, tal matéria não foi apreciada pelo Superior Tribunal de Justiça, como se verifica do acórdão impugnado, o que inviabiliza o seu conhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de indevida supressão de instância.
> **3. Como se constata da r. sentença condenatória, o Magistrado não se baseou exclusivamente em depoimentos colhidos no inquérito policial, mas, também, nas declarações prestadas em juízo pela testemunha Paulo César de Oliveira (fls. 76-77).**
> **4. Consoante já decidiu esta Suprema Corte, "os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo."** (RE 425.734 Agr/MG, de minha relatoria, DJ 28.10.2005)**.**
> 5. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.
> (STF - RHC 99057, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 06/10/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-05 PP-01041)

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. OFENSA AO ART. 5º, INCISOS LIV E LV. INVIABILIDADE DO REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA STF Nº 279. OFENSA INDIRETA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INQUÉRITO. CONFIRMAÇÃO EM JUÍZO DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS NA FASE INQUISITORIAL.
> 1. A suposta ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório

> e da ampla defesa passa, necessariamente, pelo prévio reexame de fatos e provas, tarefa que encontra óbice na Súmula STF nº 279.
> 2. Inviável o processamento do extraordinário para debater matéria infraconstitucional, sob o argumento de violação ao disposto nos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição.
> 3. **Ao contrário do que alegado pelos ora agravantes, o conjunto probatório que ensejou a condenação dos recorrentes não vem embasado apenas nas declarações prestadas em sede policial, tendo suporte, também, em outras provas colhidas na fase judicial. Confirmação em juízo dos testemunhos prestados na fase inquisitorial.**
> 4. **Os elementos do inquérito podem influir na formação do livre convencimento do juiz para a decisão da causa quando complementam outros indícios e provas que passam pelo crivo do contraditório em juízo.**
> 5. Agravo regimental improvido.
> (STF - RE 425734 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 04/10/2005, DJ 28-10-2005 PP-00057 EMENT VOL-02211-03 PP-00529)

Portanto, não há como se admitir como verdadeira a versão dada pelo réu, inclusive diante da contundente acusação, por parte do menor infrator, no sentido de que ele (acusado) também atuou na cena criminosa, lesionando gravemente a vítima com chutes, após dela subtraírem um litro de cachaça, observado, ainda, que não há nos autos comprovado motivo para que o adolescente lhe imputasse, irresponsavelmente, a coautoria do delito.

Dessa forma, não há como se acolher a tese negativa de autoria apresentada pela Defesa.

Quanto à alegação contida em sede de contrarrazões – ocorrência de lesão corporal seguida de morte – vê-se que não encontra qualquer respaldo nos autos, Explico.

Argumenta a Promotoria de Justiça a necessidade de correção do tipo penal a pretexto de política criminal, afirmando-a necessária porquanto está comprovado que os sujeitos envolvidos no crime estavam todos embriagados, razão pela qual não se pode empregar ao caso o que se chama de apego excessivo ao tecnicismo. Afirma, inclusive, a ocorrência de crime impossível porquanto ínfimo valor do bem patrimonial possivelmente subtraído – um vasilhame de cachaça vazio. Assim argumenta na mencionada peça:

> "Destarte, ao se verificar que, lamentavelmente, todos os envolvidos (sujeitos ativos e passivos) estavam sob o efeito do álcool, não se afigura recomendável, por razões de política criminal, o apego excessivo ao tecnicismo para estabelecer que a conduta visava o patrimônio da vítima, sendo razoável concluir que os acusados, no momento da ação delitiva, agiram com o fim de satisfazer o malsinado vício que possuíam.
> Por outro lado, se não havia líquido no vasilhame plástico, obviamente não se poderia vislumbrar nem o ínfimo bem patrimonial, incidindo aí o que

> a doutrina chama de 'crime impossível', por impropriedade absoluta do objeto"

Não obstante as judiciosas ponderações ofertadas pela Promotoria Pública, tenho por inconcebível a repressão de uma conduta gravíssima através da punição do agente por conduta juridicamente menos grave, ao argumento de embriaguez alcoólica por parte dos sujeitos envolvidos e, mais ainda, pelo fato de a vítima, segundo sua tese, não trazer consigo a posse de bem economicamente valorado. Primeiro porque a embriaguez, ainda que comprovada, só será penalmente relevante acaso provado advir de caso fortuito ou força maior, ou, ainda, se preordenada, descabendo sua apreciação a título de política criminal. Segundo porque o roubo e, por conseguinte, o latrocínio, é crime complexo. Nesse sentido, esposo o entendimento de nossos Tribunais Superiores acerca de inocorrência de "crime impossível" em caso de roubo:

> Habeas corpus. 2. Roubo tentado. Crime impossível diante da inexistência de objeto de valor em poder da vítima. Impossibilidade. Crime complexo, cujo início da execução se materializa com a prática da violência ou da grave ameaça. 3. Estupro e atentado violento ao pudor perpetrados em suas formas simples. Crimes hediondos. 4. Superveniência da Lei n. 12.015/2009. Retroatividade da lei penal mais benéfica (CF, art. 5º, XL). Continuidade delitiva. Possibilidade. 12.015 CF 5º XL. 5. Ordem concedida de ofício para que o Juízo de origem proceda ao redimensionamento das penas.
> (99808 RS , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 21/09/2010, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-03 PP-00514)

> DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO QUALIFICADO TENTADO. EXECUÇÃO INICIADA E NÃO LEVADA A TERMO POR CIRCUNSTÂNCIA ALHEIA À VONTADE DO AGENTE. INOCORRÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. PRECEDENTE DO STF. REQUISITOS PARA CONFIGURAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO PREENCHIMENTO. MÍNIMA OFENSIVIDADE DA CONDUTA DO AGENTE E NENHUMA PERICULOSIDADE SOCIAL DA AÇÃO. INOCORRÊNCIA. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. Iniciada a execução do crime de roubo, através do exercício da grave ameaça, e não tendo a empreitada se consumado por circunstância alheia à vontade do agente responde este pela tentativa de roubo. Precedente do STF. 2. Hipótese em que o agente não conseguiu consumar o roubo pelo fato de a vítima não trazer nenhuma importância em dinheiro, praticando, contudo, atos idôneos de começo de execução (grave ameaça). Inocorrência de crime impossível. 3. Quanto à incidência do princípio da insignificância, sua incidência, contudo, requisita a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, como na lição do Excelso Supremo Tribunal Federal (HC nº 84.412/SP, Relator Ministro Celso de Mello, *in* DJ 19/11/2004).(HC nº 84.412/SP4. O princípio da insignificância não pode ter a finalidade de afrontar critérios axiológicos elementares, pois

poderia, erroneamente, ser utilizado como hipótese supra-legal de perdão judicial calcado em exegese ideologicamente classista ou, então, emocional.
5. Agravo a que se nega provimento.
(935086 RS 2007/0066755-0, Relator: Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), Data de Julgamento: 21/08/2008, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/09/2008, undefined)

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ROUBO. CRIME COMPLEXO. AUSÊNCIA DE BENS. TENTATIVA. INEXISTÊNCIA DE CRIME IMPOSSÍVEL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL COMPROVADA.
1. A divergência jurisprudencial restou devidamente comprovada.
2. Tratando-se o crime de roubo de delito complexo, tem-se por iniciada a execução tão-logo praticada a violência ou grave ameaça à vítima. O fato de inexistir bens materiais em poder da vítima, não desnatura a ocorrência do crime em sua modalidade tentada.
3. Recurso conhecido e provido.
(897373 SP 2006/0222371-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 03/04/2007, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 14/05/2007 p. 396)

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO. CRIME IMPOSSÍVEL. TENTATIVA. CONFIGURAÇÃO. IMPROPRIEDADE RELATIVA DO OBJETO. MATERIALIDADE. AUTORIA. RECONHECIMENTOS FOTOGRÁFICO E PESSOAL. PALAVRA DA VÍTIMA. RECURSO DESPROVIDO.
I - Apelante condenado pela prática de tentativa de roubo uma vez que, mediante grave ameaça consistente na simulação de emprego de arma de fogo, pretendia subtrair encomendas do tipo sedex, não se consumando o delito em decorrência da afirmação da vítima no sentido de já efetuara a entrega de todas as encomendas daquela espécie.
II - Materialidade demonstrada através do procedimento administrativo instaurado como o escopo de esclarecer a tentativa de roubo ao carteiro.
III - Autoria delitiva devidamente comprovada através dos reconhecimentos fotográfico e pessoal efetuados pela vítima que, ressalte-se, foi novamente roubada pelo apelante um dia após os fatos versados nos presentes autos.
IV - Não há que se falar em crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, restando configurada a tentativa de roubo, uma vez que a vítima trazia consigo uma encomenda do tipo sedex, mas, por ocasião do emprego da grave ameaça, afirmou que não portava aquele tipo de encomenda, motivo pelo qual o recorrente não consumou o delito, tratando-se, portanto, de impropriedade relativa do objeto material (o acusado procurou o sedex na parte em que normalmente ficava este tipo de encomenda), tal como na hipótese em que o sujeito pretende retirar a carteira da vítima no bolso direito e parte sem encontrá-la, embora o objeto encontrava-se no bolso esquerdo.
V - Recurso desprovido.
(814 SP 2002.61.81.000814-0, Relator: JUIZ COTRIM GUIMARÃES, Data de Julgamento: 22/05/2007, Data de Publicação: DJU DATA:03/08/2007 PÁGINA: 668)

Assim, inconcebível, *in casu*, o entendimento ministerial de primeiro grau, inclusive, acaso aplicável, inadmitida a correção da reprimenda, por ato ministerial, em recurso ofertado pela Defesa, face à Súmula 453 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

> Súmula 453
> NÃO SE APLICAM À SEGUNDA INSTÂNCIA O ART. 384 E PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, QUE POSSIBILITAM DAR NOVA DEFINIÇÃO JURÍDICA AO FATO DELITUOSO, EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR NÃO CONTIDA, EXPLÍCITA OU IMPLICITAMENTE, NA DENÚNCIA OU QUEIXA.
> Data de Aprovação Sessão Plenária de 01/10/1964 Fonte de Publicação DJ de 8/10/1964, p. 3646; DJ de 9/10/1964, p. 3666; DJ de 12/10/1964, p. 3698.

Nesse sentido:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO QUALIFICADO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ARTIGO 345 DO CÓDIGO PENAL. EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA PRETENSÃO DO ACUSADO DE COBRAR DÍVIDA. ABSOLVIÇÃO DECRETADA. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. SÚMULA 453 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 345 CÓDIGO PENAL 453 É inadmissível a desclassificação do crime em segunda instância quando se trata de hipótese prevista no art. 384 do CPP (Súmula 453)"
> (STF - HC 54.976 - Rel. Xavier de Albuquerque - DJU 1514177, p.2348).
> Apelação Criminal 754144-2384CPP (7541442 PR 0754144-2, Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 09/06/2011, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 660)

> APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE, EMBORA POR MOTIVO DIVERSO DO ALEGADO NO RECURSO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE, EM RAZÃO DA NÃO-ACEITAÇÃO DA *MUTATIO LIBELLI* EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE, DIANTE DA INCERTEZA DA PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PELO ACUSADO. PROVIDÊNCIA MAIS BENÉFICA AO RÉU. EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO."Não se aplicam à segunda instância o art. 384 e parágrafo único do Código de Processo Penal, que possibilitam dar nova definição jurídica ao fato delituoso, em virtude de circunstância elementar

> não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou queixa."384Código de Processo Penal- Súmula 453, do STF.
> (6996214 PR 0699621-4, Relator: Maria José de Toledo Marcondes Teixeira, Data de Julgamento: 31/03/2011, 5ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 616)

Outrossim, não obstante ausente argumentação defensiva nesse sentido, mas considerado tratar-se de matéria de ordem pública – inconstitucionalidade da proibição à progressão de regime –, observo a modificação legislativa realizada no art.2º, §1º, da Lei nº 8.072/90 pela Lei nº 11.464/07, aplicável retroativamente neste ponto *in casu*, eis que mais benéfica ao réu, observando-se, ainda, a orientação que passou a existir no Supremo Tribunal Federal à luz do precedente constante no HC 82.959/SP, pela qual se reconhece ao réu o direito à progressão de regime, mesmo em se tratando de crimes hediondos, aplicando-se, em matéria de requisito temporal, a exigência contida nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execução Penal, ou seja, (1/6), tendo em vista que o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico comparativamente ao sistema implantado pela Lei n°11.464/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), motivo por que aquele deve ser aplicado ao caso em exame.

Nesse sentido, colaciono Súmula do Superior Tribunal de Justiça, bem como outros julgados recentes:

> Súmula nº 471**:** Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão do regime prisional.
>
> STF**:** DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. FATO ANTERIOR À LEI 11.464/07. PRECEDENTES DESTA CORTE. PROVIMENTO PARCIAL. *1. A questão de direito versada nestes autos diz respeito à possibilidade (ou não) de progressão do regime de cumprimento da pena corporal imposta no período de vigência da redação originária do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. 2. O julgamento do Supremo Tribunal Federal em processos subjetivos, relacionados ao caso concreto, não alterou a vigência da regra contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (na sua redação original). 3. Houve necessidade da edição da Lei nº 11.646/07 para que houvesse a alteração da redação do dispositivo legal. Contudo, levando em conta que - considerada a orientação que passou a existir nesta Corte à luz do precedente no HC 82.959/SP - o sistema jurídico anterior à edição da lei de 2007 era mais benéfico ao condenado em matéria de requisito temporal (1/6 da pena), comparativamente ao sistema implantado pela Lei n° 11.646/07 (2/5 ou 3/5, dependendo do caso), deve ser concedida em parte a ordem para que haja o exame do pedido de progressão do regime prisional do paciente, levando em conta o requisito temporal de 1/6 da pena fixada.* 4. No mesmo sentido: HC 94.025/SP, rel. Min. Menezes Direito, 1ª Turma, DJ 03.06.2008. Neste último julgado,

> ficou expressamente consignado que "relativamente aos crimes hediondos cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/07, a progressão de regime carcerário deve observar o requisito temporal previsto nos artigos 33 do Código Penal e 112 da Lei de Execuções Penais, aplicando-se, portanto, a lei mais benéfica". O art. 2°, § 1°, da Lei n° 8.072/90 (na sua redação original) não pode ser utilizado como parâmetro de comparação com a Lei n° 11.464/07, diante da sua declaração de inconstitucionalidade, ainda que no exercício do controle concreto, no julgamento do HC n° 82.959/SP (rel. Min. Marco Aurélio). 5. Recurso ordinário em habeas corpus parcialmente provido e, assim, concedeu-se a ordem para considerar possível a progressão do regime prisional desde que atendido o requisito temporal de cumprimento de 1/6 da pena, cabendo ao juiz da execução da pena apreciar o pedido de progressão, inclusive quanto à presença dos demais requisitos, considerado o fator temporal acima indicado.
> (RHC 91300-DF, Relatora Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, Julgado em 05/03/2009).
>
> STJ: HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO. CRIMES HEDIONDOS. PROGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. LEI N.º 11.464/07. LAPSOS TEMPORAIS MAIS GRAVOSOS. *NOVATIO LEGIS IN PEJUS*. IRRETROATIVIDADE. EXIGÊNCIA DE EXAME CRIMINOLÓGICO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO FUNDAMENTADO. COAÇÃO ILEGAL NÃO CARACTERIZADA.
> 1. A Lei n.º 11.464/07, apesar de banir expressamente aludida vedação, estabeleceu lapsos temporais mais gravosos para os condenados pela prática de crimes hediondos alcançarem a progressão de regime prisional, constituindo-se, neste ponto, verdadeira *novatio legis in pejus*, cuja retroatividade é vedada pelos artigos 5º, XL, da Constituição Federal e 2º do Código Penal, aplicáveis, portanto, apenas aos crimes praticados após a vigência da novel legislação, ou seja, 29 de março de 2007 (HC 83.799/MS, MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 25.09.2007, DJ 25.02.2008 p. 364).
> 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, o exame criminológico deixou de ser obrigatório, para fins de progressão prisional, mas, pode ser exigido pelo juiz ou Tribunal, mediante decisão fundamentada, que demonstre a necessidade da medida. Precedentes.
> 3. No caso em análise, a exigência de realização de exame criminológico teve por base elementos concretos constante dos autos, em *decisum* devidamente fundamentado.
> 4. Ordem parcialmente concedida, apenas para reconhecer que o requisito temporal para a progressão, aplicável ao caso em tela, é de 1/6 (um sexto), devendo o Juízo das Execuções Penais examinar se o paciente satisfez os requisitos objetivos e subjetivos para a obtenção da progressão, sem prejuízo de que seja determinada a realização de exame criminológico.
> (HC 158964-SP, Rel. Min. Convocado Vasco Della Giustina, Sexta Turma, Julgado em 31/05/2011).

Dessa forma, considerando que o recorrente foi condenado em 24 de janeiro de 2005 e que posteriormente foi declarada inconstitucional a impossibilidade

de progressão de regime em caso de crimes hediondos; considerando, ainda, o advento da Lei nº 11.464/2007, deve o presente *decisum* vergastado ser modificado para permitir ao réu o direito a esse benefício, nos termos já pacificados pelo Supremo Tribunal Federal, quanto aos requisitos temporais que, *in casu*, devem ocorrer segundo o art. 112 da Lei de Execução Penal, não obstante o Magistrado primevo tenha atuado segundo a lei penal vigente à época do fato.

ISSO POSTO, acolhendo o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço do recurso para lhe negar provimento. Outrossim, reconheço, *ex officio*, o direito à progressão de regime, que deve ocorrer segundo os requisitos temporais previstos no art.112 da Lei de Execução Penal.

É como voto.

Fortaleza, 17 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO CRIME Nº 312-66.2007.8.06.0105/1 – ITATIRA
APELANTE: FRANCISCO DAMASCENO CARDOSO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DO JÚRI. INFRAÇÃO AO ART. 121, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA. INSURGÊNCIA CONTRA O RECONHECIMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS E CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA IMPOSTA. OPÇÃO DOS JURADOS POR UMA DAS VERSÕES CONSTANTES DOS AUTOS, COM LASTRO NOS ELEMENTOS DE PROVA PRODUZIDOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS DO JÚRI. DOSIMETRIA DA PENA. CONDUTA SOCIAL REPUTADA DESFAVORÁVEL. SÚMULA Nº 444 DO STJ. APLICAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Referente à sublevação contra a qualificadora da surpresa, desnecessárias maiores digressões, uma vez que não restou acolhida pelos juízes do povo. Já com relação à qualificadora do motivo fútil, diversamente do que afirma a defesa, há nos autos elementos de convicção bastantes para dar amparo ao entendimento adotado pelo Conselho de Sentença, conforme se infere dos depoimentos de Raimundo Nonato Ferreira Abreu e de Francisco Ferreira da Silva, dos quais se colhe a versão segundo a qual, estando acusado e vítima bebendo em um bar, sucedeu uma troca de insultos entre eles, com a vítima xingando o acusado de "filho de rapariga" e este ofendendo aquela de "cego veio". A discussão entre ambos estendeu-se até depois que o estabelecimento foi fechado, derivando, posteriormente, em uma luta corporal de que resultou o óbito da vítima por ferimento perfurocortante no abdome, consoante assinala o respectivo laudo cadavérico.

2. À instância revisora compete unicamente aferir se a versão recepcionada pelos jurados encontra lastro na prova coligida ou, de outro lado, se integralmente incompatível com ela, sem se deter a respeito de qual proposição se apresenta mais ou menos harmônica. *In casu,* não sendo a qualificadora do motivo fútil manifestamente improcedente, ao contrário,

havendo supedâneo probatório para a sua incidência, plenamente possível a deliberação do Tribunal do Júri nesse sentido.
3. No que respeita à dosimetria da pena imposta, e, especificamente, às considerações do Juízo monocrático sobre as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, estas se mostram apropriadas quanto à culpabilidade do réu, devido ao alto grau de reprovabilidade de sua ação, e ao comportamento da vítima, que "favoreceu, de certo modo, o desfecho do evento fatídico", sendo, porém, inidôneas com relação à conduta social do sentenciado, porquanto esta foi reputada desfavorável "ante o seu envolvimento em infrações penais anteriores".
4. A conduta social do acusado não deve ser confundida com seus antecedentes criminais, mas, tal qual estes, não pode ser avaliada negativamente ou servir para agravar a pena-base em função da existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, conforme já sumulado no verbete nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.
5. Decotando-se da pena-base arbitrada pelo Juízo *a quo* a majoração de seis meses sobre o mínimo legal previsto para o tipo, resulta na pena definitiva de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.
6. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 312-66.2007.8.06.0105/1, da Comarca de Itatira, em que é apelante Francisco Damasceno Cardoso 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 recurso, no tocante à dosimetria da pena imposta ao apelante, reduzindo-a para 12 (doze) anos de reclusão, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de recuso apelatório interposto por Francisco Damasceno Cardoso em face da decisão do Tribunal Popular do Júri da Comarca de Itatira, que o condenou por homicídio qualificado contra a pessoa de Antônio Cícero Limeiro, sendo incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, e apenado a 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado.

A defesa técnica do réu interpôs apelação criminal perante o Juízo *a quo,*

deixando, contudo, de oferecer as razões recursais, mesmo após sua intimação para fazê-lo. O apelante, de igual modo, deixou transcorrer *in albis* o prazo assinalado para constituir novo causídico, sendo os autos, então, remetidos à Segunda Instância.

Em virtude do ocorrido, a eminente Relatora originária determinou o encaminhamento dos fólios à Defensoria Pública de 2º Grau, para que fossem apresentadas as razões do recurso, as quais foram ofertadas às fls. 154/158.

Em seu arrazoado, a defesa alega que a qualificadora do motivo fútil não restou provada *quantum satis,* e que a qualificadora da surpresa não se coaduna com a realidade dos autos. Argui, outrossim, que as circunstâncias judiciais não foram sopesadas como deveriam, estando exagerada a dosimetria da pena. Requer seja reapreciada a pena imposta, no sentido de sua diminuição.

Contrarrazoando o recurso, o Representante do Ministério Público pugna por seu improvimento (fls. 160/163).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pela improcedência do apelo (fls. 169/172).

Tendo em vista a aposentadoria da eminente Relatora originária, restou o feito redistribuído por encaminhamento a este Signatário (fls. 174/175).

É o que importa relatar.

VOTO

Presentes seus pressupostos de admissibilidade, passo à análise do recurso de apelação manejado.

Ab initio, registro que, não obstante o termo de interposição do vertente apelo não tenha delimitado a extensão da matéria devolvida à apreciação desta Segunda Instância, o conteúdo das razões intentadas é dirigido contra o reconhecimento de circunstâncias qualificadoras pelos jurados, bem como contra a dosimetria da pena imposta pelo Juiz Presidente do Júri. Em vista disso, e em atenção ao princípio da ampla defesa, conhece-se do recurso em harmonia com a argumentação sustentada.

Aduz a defesa que a qualificadora do motivo fútil não restou devidamente provada, e que a qualificadora da surpresa diverge do que apontam os autos. Alega, ainda, excesso na dosimetria da pena aplicada, mormente quanto à avaliação das circunstâncias judiciais.

Pois bem. A acusação promovida em face do réu desenvolveu-se sob a tese da prática do crime de homicídio qualificado pelo motivo fútil e pela surpresa, tendo o *Parquet* estadual, no entanto, por ocasião dos debates em plenário, pugnado pela retirada da qualificadora da surpresa e pela condenação do réu nos termos do art. 121, § 2º, inciso II (motivo fútil), do Código Penal brasileiro. Por sua vez, a defesa advogou a versão de homicídio simples, tendo os juízes do povo, todavia, acolhido a tese arguida pela acusação na sessão de julgamento, segundo consignado na respectiva ata (fls. 108/110).

Referente à sublevação contra a qualificadora da surpresa, desnecessárias maiores digressões, uma vez que não restou acolhida pelo Conselho de Sentença. Já com relação à qualificadora do motivo fútil, diversamente do que afirma a defesa, há nos autos elementos de convicção bastantes para dar amparo ao entendimento adotado pelos jurados, conforme se infere dos depoimentos de Raimundo Nonato Ferreira Abreu (fl. 50) e de Francisco Ferreira da Silva (fl. 51), dos quais se colhe a versão segundo a qual, estando acusado e vítima bebendo em um bar, sucedeu uma troca de insultos entre eles, com a vítima xingando o acusado de "filho de rapariga" e este ofendendo aquela de "cego veio". A discussão entre ambos estendeu-se até depois que o estabelecimento foi fechado, derivando, posteriormente, em uma luta corporal de que resultou o óbito da vítima por ferimento perfurocortante no abdome, consoante laudo cadavérico de fl. 34.

Com efeito, tratando-se de recurso das decisões do Tribunal do Júri relativamente à orientação perfilhada pelos juízes leigos, por imposição do princípio constitucional da soberania de seus veredictos, somente se pode desconstituir o julgamento quando manifestamente contrário à prova dos autos, ou seja, quando totalmente apartado do conjunto probatório que deles consta, revelando uma decisão abusiva e arbitrária, cujo vício dá supedâneo à realização de um segundo julgamento.

À instância revisora compete unicamente aferir se a versão recepcionada pelo Conselho de Sentença encontra lastro na prova coligida ou, de outro lado, se integralmente incompatível com ela, sem se deter a respeito de qual proposição se apresenta mais ou menos harmônica. *In casu,* não sendo a qualificadora do motivo fútil manifestamente improcedente, ao contrário, havendo supedâneo probatório acerca de sua incidência, plenamente possível a deliberação do Tribunal do Júri nesse sentido, não sendo outra a orientação sufragada pela jurisprudência pátria, senão vejamos:

> **STJ** – AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUSÃO DO MOTIVO FÚTIL. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO PELO CONSELHO DE SENTENÇA COM APOIO NA PROVA DOS AUTOS. SÚMULA 7/STJ. RESPEITO À SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A qualificadora do motivo fútil, descrita tanto na denúncia quanto na sentença de pronúncia, foi devidamente reconhecida pelo Conselho de Sentença, após a apresentação da tese da defesa e da acusação e com apoio na prova dos autos, não sendo possível a modificação do julgado por esta Corte, sob pena de violação ao enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2. Cabem aos jurados reconhecerem se os fatos descritos constituem ou não determinada qualificadora, somente sendo possível a esta Corte alterar o referido entendimento quando manifestamente improcedente, em respeito à soberania dos veredictos, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no AREsp 13084/MS – Quinta Turma, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Julgamento: 25/09/2012, Publicação: DJe 02/10/2012).

> **STJ –** CRIMINAL. HC. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. QUALIFICADORAS. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NÃO VERIFICADA. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. PLEITO DE SOLTURA DO PACIENTE, SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA. I. Qualificadoras que só podem ser excluídas quando, de forma incontroversa, mostrarem-se absolutamente improcedentes, sem qualquer apoio nos autos, sob pena de invadir a competência constitucional do Conselho de Sentença, o que não se vislumbra *in casu*. II. Considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a presença de indícios da incidência das qualificadoras com esteio nas provas produzidas nos autos, mister se faz reconhecer que maiores incursões acerca do tema demandariam revolvimento do conjunto fático-comprobatório, inviável em sede de *writ*. III. Pleito de soltura do paciente que não foi objeto de análise e julgamento por órgão colegiado da Corte de origem, sobressaindo a incompetência desta Corte para a apreciação do tema, sob pena de indevida supressão de instância. IV. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada, nos termos do voto do Relator.
> (HC 177236/MG – Quinta Turma, Relator: Ministro GILSON DIPP, Julgamento: 22/11/2011, Publicação: DJe 01/12/2011).

No que respeita à dosimetria da pena imposta, e, especificamente, às considerações do Juízo monocrático sobre as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, foram destacadas como desfavoráveis ao réu a culpabilidade e a conduta social, e benéfico a ele o comportamento da vítima, que "favoreceu, de certo modo, o desfecho do evento fatídico".

As ponderações do Judicante mostram-se apropriadas quanto à culpabilidade do réu, devido ao alto grau de reprovabilidade de sua ação, e ao comportamento da vítima, sendo, porém, inidôneas com relação à conduta social do sentenciado, porquanto esta foi reputada desfavorável "ante o seu envolvimento em infrações penais anteriores".

Ora, a conduta social do acusado não deve ser confundida com seus antecedentes criminais, mas, tal qual estes, não pode ser avaliada negativamente ou servir para agravar a pena-base em função da existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, conforme já sumulado no verbete nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse mesmo sentido:

> **STJ –** AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. ART. 1º DA LEI N. 8.137/90. FIXAÇÃO DA PENA-BASE E ESTABELECIMENTO DE REGIME PRISIONAL CONSIDERANDO A EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS E DE INQUÉRITOS POLICIAIS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. **A existência de inquéritos policiais**

> **ou ações penais em andamento, ou mesmo condenações ainda não transitadas em julgado, não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, <u>má conduta social</u> ou personalidade desajustada para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (Súmula 444 deste STJ)**, e tampouco servir como parâmetro para a fixação de regime prisional mais gravoso do que autorizado pela lei. Precedentes desta Corte Superior. 2. Agravo regimental improvido. (**<u>Grifos nossos</u>**). (AgRg no AgRg no AREsp 171934/PE – Quinta Turma, Relator: Ministro CAMPOS MARQUES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PR), Julgamento: 02/04/2013, Publicação: DJe 05/04/2013).

Decotando-se, portanto, a alusão desfavorável à conduta social do apelante, remanesce uma circunstância judicial adversa e uma benéfica, sendo o caso, pois, de equivalerem-se mutuamente, e, por conseguinte, de retirar-se da pena-base a majoração de seis meses arbitrada pelo Juízo *a quo,* resultando aquela no mínimo legal previsto para o delito de homicídio qualificado, qual seja, 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, montante que se torna definitivo diante da ausência de outros fatores bastantes para modificá-lo, seja quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes seja com relação às majorantes e minorantes.

Por todo o exposto, dou parcial provimento ao recurso apelatório, reduzindo a pena imposta ao apelante para 12 (doze) anos de reclusão, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 06 de maio 2013.

PROCESSO: 0034721-71.2010.8.06.0167 - APELAÇÃO
APELANTES: JOSÉ ARISTIDES NASCIMENTO DOS SANTOS E DEAN POMPILO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO DE APELAÇÃO. FURTO QUALIFICADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1 - Não é inepta a denúncia que bem descreve o fato dito criminoso e todas as circunstâncias a ele inerentes, possibilitando a compreensão da acusação e o pleno exercício da defesa.

2 - O princípio da insignificância exige para a sua aplicação a mínima ofensividade da conduta, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento do agente e a inexpressividade da lesão jurídica provada, não sendo aplicável ao furto qualificado, uma vez que a conduta mostra-se penalmente relevante.

3 – 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.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

RELATÓRIO

José Aristides Nascimento dos Santos e Dean Pompilo, qualificados nos autos, foram denunciados pelo representante do Ministério Público da Comarca de Sobral, como incurso nas sanções do art. 155, § 4°, inciso IV, 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. 79/86, que condenou os recorrentes nas sanções do art. 155, § 4°, inciso IV, do Código Penal

Brasileiro, à pena de 04 (quatro) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime semi aberto, bem como a pena de multa em 15 (quinze) dias multa.

Inconformado com o *decisum,* os sentenciados interpuseram o presente recurso de apelação, na qual pugnam preliminarmente, pela inépcia da denúncia sob o argumento de que a acusação não delimitou de maneira específica a vítima do delito em questão, e, no mérito, pela aplicabilidade do princípio da insignificância, tendo em vista que a conduta praticada pelos apelantes é atípica.

Contrarazões do Ministério Público às fls. 112/117, seguindo-se de parecer da PGJ, no qual manifesta-se pelo improvimento.

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 1ª Vara Criminal da Comarca de Sobral, que condenou os recorrentes à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime semi aberto, mais multa, como incursos nas sanções do art. 157, § 4º, inciso IV, do Código Penal Brasileiro.

Consta na exordial que no dia 07 de novembro de 2010, por volta das 08h:20min, na Avenida da Universidade, no bairro Betânia, na Cidade de Sobral, os denunciados, ao passarem em frente a uma obra, subtraíram para si uma barra de ferro de 12 metros.

Alegam, em suma, os recorrentes, que a denúncia é inepta, sob o argumento de que a acusação não delimitou de maneira específica a vítima do delito em questão, e, no mérito, pela aplicabilidade do princípio da insignificância, tendo em vista que a conduta praticada pelos apelantes é atípica.

Preliminarmente, no tocante à alegação de inépcia da denúncia, deve-se salientar que, nos termos do art. 41 do Código de Processo Penal "*a denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identifica-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas"*.

No presente caso, constata-se que as vítimas, embora não descritas pormenorizadamente, o foram de forma a possibilitar a exata compreensão da amplitude da acusação, descrevendo a denúncia, de forma satisfatória a conduta delitiva imputada aos denunciados.

Dessa forma, demonstrado que os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal foram satisfatoriamente cumpridos, não há que se falar em inépcia da denúncia, sobretudo se ao acusado foi possibilitado o exercício do contraditório e da

ampla defesa, não se configurando qualquer prejuízo.

Nesse sentido, confira-se o entendimento firmado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

> "DENÚNCIA - INÉPCIA - PRONÚNCIA - CORRELAÇÃO – PRISÃO.
> **1. Não há inépcia se a denúncia descreve corretamente o fato delituoso e as circunstâncias de modo suficiente para o exercício da ampla defesa.**
> ***...omissis...***
> V. Recurso desprovido"
> (Acórdão n. 572723, 20110111840036RSE, Relator SANDRA DE SANTIS, 1ª Turma Criminal, julgado em 15/03/2012, DJ 23/03/2012 p. 194, destaquei).

Além disso, segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível quando se fala em nulidade de ato processual a demonstração do prejuízo sofrido, o que não se verifica no caso em apreço. É o que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal:"*Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa* ".

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

Quanto ao pedido da defesa pela aplicação do princípio da insignificância, alegando a atipicidade do fato, tenho que também não merece prosperar.

O princípio da insignificância vem ganhando aceitação nos tribunais pátrios, surgindo como método auxiliar de interpretação que se propõe a excluir do tipo penal os fatos que não causem relevante lesão ao bem jurídico, tendo por finalidade ajustar a aplicação da lei penal aos casos que lhe são apresentados, evitando a proteção de bens cuja inexpressividade, efetivamente, não mereça a atenção do legislador penal.

No caso sob análise, tal princípio não socorre os apelantes, já que, para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se preencham certos requisitos objetivos, como a mínima ofensividade da conduta do agente, a ausência de periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No caso dos autos, não se pode falar em reduzidíssimo grau de reprovabilidade da conduta, uma vez que o delito foi perpetrado mediante o concurso de pessoas, qualificadora que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta, por tornar de maior relevo a culpabilidade e a periculosidade dos agentes do crime.

E ainda, constatamos através da folha de antecedentes criminais dos apelantes que, estes já respondem a outras ações penais , pelo mesmo crime de furto, fatos estes que também afastam o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo.

Nesse sentido, destaco jurisprudência de recente julgamento proferido pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal:

> "A 2ª Turma, por maioria, denegou habeas corpus em que pleiteada a aplicação do princípio da insignificância em favor de condenado pela prática do delito de furto qualificado mediante concurso de pessoas (CP, art. 155, § 4º, IV). A defesa alegava a irrelevância da lesão patrimonial sofrida pela vítima, que seria da ordem de R$ 80,00. Entendeu-se que, conquanto o bem fosse de pequeno valor, o paciente teria cometido o crime em concurso de agentes, portanto sua culpabilidade e a periculosidade do fato seriam maiores. Destacou-se que o paciente seria acusado de diversos delitos contra o patrimônio e contra a pessoa, além de já ter condenação por tráfico de entorpecentes. Vencido o Min. Gilmar Mendes, que concedia a ordem. Sublinhava que, a despeito de haver participação de outra pessoa no furto, o montante seria pouco expressivo, bem como não teria havido violência ou qualquer outro meio para que se efetuasse a subtração."
> HC 112103/MG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 21.08.2012 (HC-112103).

Assim, não há que se falar em absolvição por atipicidade da conduta, uma vez que inaplicável na espécie o princípio da insignificância.

EM FACE DO EXPOSTO, voto pelo conhecimento do recurso da Defesa, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

PROCESSO: 0039285-77.2011.8.06.0064 - APELAÇÃO
APELANTE: JOÃO DIEGO PERNAMBUCO DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PUBLICO DO ESTADO DO CEARA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO EM CONCURSO MATERIAL COM RECEPTAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. ALEGAÇÃO DE AUMENTO INJUSTIFICADO. INOCORRÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. A pena aplicada repele a conduta altamente reprovável do apelante, denotativa de desprezo ao patrimônio e à incolumidade física e psicológica alheias, utilizando-se de violência com intuito único de satisfazer seus anseios de lucro fácil. Comportamento que merece a reprimenda judicial na medida de sua participação no iter criminis.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, negando-lhe provimento.

Fortaleza, 1º de abril de 2013.

RELATÓRIO

Condenado a sete anos e seis meses de reclusão, regime inicial fechado, por roubo duplamente majorado em concurso material com receptação, apelou o sobrenomeado aduzindo o que segue.

Sem negar a autoria delitiva, pretende, in summa, a redução da censura penal que lhe foi imposta.

Recurso contraarrazoado e encaminhado à douta PGJ que opinou pelo seu desprovimento.

É o relatório.

À Revisão.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade ensejando seu conhecimento.

O apelante, no dia 23 de novembro de 2011, por volta das 19:20 horas, fazendo uso de arma de fogo e na companhia de um menor, assaltou uma padaria situada à Rua Aracati, 517, localidade de Barreiras, bairro Potira, município de Caucaia, fugindo, em seguida, em uma moto.

Perseguidos por policiais que foram acionados pela vítima, a dupla veio a ser capturada, constatando-se, na ocasião, que a motocicleta utilizada na fuga havia sido objeto de assalto ocorrido em 12 de novembro do mesmo ano, conforme consta em Boletim de Ocorrência de nº.130-10299/2011, registrado pela vítima Cleiton Ribeiro da Costa.

Denunciado por roubo duplamente majorado e receptação, em concurso material, restou, assim, condenado, ante a irrefutabilidade das provas colacionadas ao caderno processual, apelando, como antecipado, pretendendo redução da pena imposta pelo julgador monocrático.

A tese de defesa não encontra respaldo, trilhando a vala comum do mero esperneio.

Em vislumbre ao comando judicial objurgado, ao revés do que alegado no recurso, constato que o sentenciante percorreu de forma irretocável todas as fases da dosimetria da pena.

Justificou, inicialmente, a exacerbação da pena-base, em um ano para o crime de roubo e seis meses para o delito de receptação por considerar desfavorável, ao apenado, a análise das circunstâncias judiciais, sobremodo, sua culpabilidade e personalidade, sendo despiciendo repetir, frase a frase, o que dito na sentença objurgada, cópia nos autos, fls.78/82.

Interessa saber é que, de fato, houve motivação idônea para o acréscimo propugnado nas basilares, ressaltando-se que examinadas todas as hipóteses do art. 59, diz o Desembargador Francisco Sales Neto, "se uma delas apenas não lhe for favorável [ao réu], fica afastada a aplicação da pena mínima" (in Dosimetria da Pena – Elementos de aplicação. Fortaleza: Premius, 2007, p. 88).

A mais, já disse O STF:

> "nenhum condenado tem direito público subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo. É lícito ao Magistrado sentenciante, desde que o faça em ato decisório adequadamente motivado, proceder a uma especial exacerbação da pena".(HC 71.696-1, DJU 16/8/96).

Assim procedendo, e de forma motivada, agiu o magistrado dentro do seu poder discricionário, norteado pelas diretrizes do art. 59 do CPB, representando a avaliação das basilares suficiente para a reprovação do comportamento, visivelmente, antissocial do apenado.

Prosseguindo, volta-se a defesa contra a fixação da fração de ½ pelo reconhecimento de duas causas de aumento de pena. Ora, sabido que não há fórmula

matemática em tal operação dosimétrica, servindo à análise do julgador o grau de reprovabilidade da conduta do agente. Quanto maior for essa reprovação, mais o doseamento se afasta do limite mínimo.

Acresço, por fim, que o sentenciante aplicou a atenuante da confissão espontânea em favor do acusado somando as penas impostas, per si, dos crimes pelos quais restou condenado, inexistindo razão para qualquer alteração da sentença.

Nada mais a acrescentar.

Ante as considerações acima expostas, sem mais delongas, toma-se conhecimento do recurso, porém, para lhe negar provimento confirmando em sua integralidade a sentença guerreada

Fortaleza, 1 de abril de 2013.

PROCESSO: APELAÇÃO CRIME N. 44-07.2008.8.06.0160/1 – SANTA QUITÉRIA-CE
APELANTE: ADILTON PROTÁSIO DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. APELAÇÃO DA DEFESA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA PELA NÃO OITIVA DE TESTEMUNHA: AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MÉRITO: DOSIMETRIA DA PENA E INCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. PROCEDÊNCIA PARCIAL DO RECURSO.

I – Condenado à pena de 15 anos e 8 meses de reclusão em regime fechado pela prática do crime de homicídio em sua forma qualificada, o acusado interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença, alegando os seguintes pontos: i) nulidade da sentença por cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunha; ii) erro na dosimetria da pena, já que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal sem fundamentação idônea, bem como a não consideração da atenuante de menoridade no cálculo da pena.

II – A aplicação da pena privativa de liberdade deve ser corrigida no que tange à aplicação da atenuante da menoridade, já que, na data do fato, o agente contava com menos de 21 anos.

III – Dá-se provimento parcial à apelação do acusado, reduzindo-se a pena para 15 anos de reclusão.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial à apelação, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação à pena de 15 anos e 8 meses de reclusão em regime inicialmente fechado que lhe foi imposta, o acusado, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 129/145) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, houve cerceamento de defesa, caracterizando-se nulidade, já que a oitiva da testemunha requerida não foi realizada; no mérito, requer a diminuição da pena imposta, haja vista que a dosimetria da pena-base foi mal realizada; além disso, não houve consideração da atenuante da menoridade no cálculo final da reprimenda.

Chamado às contrarrazões, o representante do Ministério Público pugnou pelo não acolhimento das pretensões elencadas na peça recursal, mantendo-se a decisão de primeira instância (fls. 149/151).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 165/168) opinou pelo parcial provimento do recurso de apelação, visto que a decisão dos jurados está em total conformidade à prova dos autos, porém, a dosimetria da pena merece correção, diminuindo-a em razão da aplicação da atenuante.

É o breve relato.

Em preliminar, o apelante alega ocorrência de irregularidade processual passível de aplicação de sanção de nulidade, já que não foi oitivada a testemunha requerida pela defesa.

Entretanto, tal irregularidade, que, ao fim e ao cabo, não existiu, deu-se somente na percepção da defesa.

Conforme decisão de fls. 109, o magistrado, antes da sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri, que o apelante buscava adiar pelo fato de que o defensor assumira a causa há somente três dias, esclareceu que todas as testemunhas arroladas foram ouvidas, respeitados o contraditório e a ampla defesa. Assim, eventuais contradições apontadas no requerimento de adiamento poderiam ser devidamente esclarecidas e exploradas pela defesa em plenário.

Ademais, a arguição de irregularidade processual torna-se incoerente, pois a testemunha, cujo depoimento, aos olhos da defesa, seria contraditório, sequer foi explorado em sede de apelação para argumentar acerca de eventual julgamento em contrariedade à prova dos autos, na hipótese de não acolhimento desta preliminar.

Portanto, rejeita-se a presente preliminar.

Quanto à fixação da pena-base, equivoca-se o apelante ao aduzir que não há fundamentação suficiente. Verifica-se por uma simples leitura da sentença condenatória que a magistrada sentenciante, utilizando-se dos elementos dos autos, estabeleceu adequadamente a pena em sua primeira fase, não havendo, assim, motivo para modificá-la neste momento.

No tocante à dosimetria da pena, merece melhor sorte o apelante ao pleitear a contabilização da atenuante de menoridade no cálculo final da pena. Embora o apelante tenha levantado preliminar para discutir esta questão, verifica-se que ela deve ser dirimida neste ponto.

Observa-se que somente a atenuante de confissão espontânea foi levada em consideração para reduzir a pena-base de 16 para 15 anos e 8 meses de reclusão. Ora, está também presente nos autos, de forma clara, o fato de que o apelante, ao praticar a infração penal, fê-lo quando tinha 20 anos de idade.

Assim, nada mais justo do que, havendo duas atenuantes, reduzir-se a pena proporcionalmente, estabelecendo-a em 15 anos de reclusão.

Assim é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTES. REDUÇÃO. PERCENTUAL MÍNIMO E

MÁXIMO. INEXISTÊNCIA.
1. Havendo circunstâncias judiciais consideradas desfavoráveis com espeque em fundamentação idônea, não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal.
2. Hipótese em que a pena-base, estipulada em 17 (dezessete) anos, teve por fundamento o grau de culpabilidade do Paciente (coordenador da empreitada criminosa), sua conduta social (ausência de ocupação lícita e envolvimento com pessoas ligadas ao tráfico de entorpecentes) e as circunstâncias do fato (delito perpetrado por meio de arma de fogo, em local público (posto de gasolina) e com aglomerado de pessoas (próximo a boate).
3. No homicídio, a existência de qualificadoras leva à existência de delito autônomo, razão pela qual são sopesadas logo na primeira etapa da dosimetria, podendo a pena-base ser fixada, conforme a fundamentação expendida, em qualquer parâmetro entre a pena mínima e a máxima abstratamente cominadas.
4. Não se vislumbra ilegalidade na redução da pena em 6 (seis) meses, diante da existência de duas atenuantes (menoridade e genérica), uma vez que guardam coerência com a fundamentação expendida pelas instâncias ordinárias.
5. O legislador não previu percentuais mínimo e máximo de redução ou aumento da pena, em virtude da aplicação de atenuantes e agravantes, cabendo ao juiz sentenciante sopesar o quantum a ser reduzido ou aumentado, segundo sua percuciente análise do caso concreto.
6. Ordem denegada.
(HC 94.463/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 08/02/2010)

Diante do exposto, dou provimento parcial ao pleito apelatório, reduzindo-se a pena privativa de liberdade a 15 anos de reclusão em regime fechado, no que adiro ao parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

PROCESSO N.°: 45216-93.2010.8.06.0000/0
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE FORTALEZA – 15ª VARA CRIMINAL
APELANTE: ANDRE SILVA DE ABREU
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 155, §4º, INCISO IV, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. POSSIBILIDADE. FRAGILIDADE DE PROVAS A SUSTENTAR A CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Diante da fragilidade das provas a sustentar a condenação do réu e em face do princípio *"in dubio pro reo",* a absolvição do apelante é medida que se impõe.

2. Na hipótese, as provas existentes nos autos, ou seja, as declarações da vítima e os depoimentos testemunhais se apoiaram no interrogatório do corréu, o qual não foi produzido sob o crivo do contraditório, já que ouvido somente na fase policial, encontrando-se em lugar incerto e não sabido, bem como por ninguém ter presenciado o crime, ressaltando, ainda, que o próprio corréu afirmou que facilitou a ação do apelante, mas que na ocasião do delito se encontrava no quarto dos fundos da residência, tendo concluído que o mesmo estava realizando o furto por ter ouvido o latido do cachorro, mas depois não o viu e nem sabia de seu paradeiro e, assim, por não haver prova firme e segura acerca da autoria do fato, é de se absolver o apelante, com força no princípio *do in dubio pro reo.*

3. Recurso conhecido e provido.

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, em dissonância com o parecer ministerial e por votação unânime, em conhecer do recurso, para dar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, ANDRE SILVA DE ABREU, vulgo "Andrezinho", contra a sentença proferida pela Juíza de Direito da 15ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo **a sentença de fls. 85/89, (publicada em 18.02.2008 – fl. 89v)** julgando parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu **à pena de 03 (três) anos de reclusão,** a ser cumprida em **regime aberto**, além do **pagamento de 10 (dez) dias-multa**, sendo o dia-multa equivalente a 1/30 do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Irresignada com a sentença a defesa apelou (fls. 93/101), pretendendo **a absolvição do acusado**, nos termos do art. 386, incisos IV, ou V ou VII, do Código de Processo Penal.

Contrarrazões apresentadas às fls. 103/105.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 113/116, opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal, interposto pelo réu ANDRE SILVA DE ABREU, vulgo "Andrezinho", contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 155, §4º, inciso IV, do Código Penal, à pena de 03 (três) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a 1/30 do salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato.

Consta na denúncia que, conforme inquérito policial, na madrugada do dia 25 (vinte e cinco) de abril do ano de 2003, os denunciados, João Batista da Silva e André Silva de Abreu, em comunhão de desígnios, praticaram crime de furto contra a residência da Sra. Patrícia Barbosa Capelo, situada na Rua João Leonel, 1042, Cidade dos Funcionários, nesta capital, de onde subtraíram 02 (dois) microcomputadores PENTIUM 233 (CPUs, monitores e teclados), 01 (um) aparelho de fax da marca Sharp, 01 (uma) máquina de datilografar e 01 (um) aparelho de telefone VESPER portátil modelo KYOCRA.

O primeiro delatado trabalhava na residência furtada, sendo que, para facilitar a entrada de seu comparsa, deixou o cadeado do portão da frente aberto, em seguida se dirigindo para um quartinho que fica nos fundos da casa, aguardando a ação ilícita.

Como combinado, o segundo denunciado ingressou na residência, subtraindo facilmente os bens pertencentes à vítima.

Pretende a defesa a absolvição do acusado, arguindo a ausência de provas a sustentar a condenação do mesmo, não tendo o réu sido encontrado com os bens furtados, tendo sido a condenação baseada apenas em provas colhidas durante o inquérito policial.

Pois bem.

A materialidade restou comprovada nos autos.

Entretanto, em relação à autoria, tenho que esta é duvidosa, razão pela qual o apelo da Defesa vai provido.

Ao ser ouvido na fase policial, o apelante afirmou que (fl. 16):

> "...Não participou do citado furto; que perguntado ao depoente porque o mesmo citou a pessoa conhecida por Rogério como sendo o indivíduo que havia ficado com os objetos acima citados, este respondeu que: Assim agiu temendo ficar preso nesta Delegacia, porém citada pessoa não ficou com qualquer objetos, ou participou do citado furto; que tem a esclarecer que na época do furto, dia 24/04/2003, encontrava-se na cidade de Cascavel-CE...".

Em juízo (fls. 36/37), declarou novamente não serem verdadeiras as acusações constantes na denúncia, considerando que no dia e hora em que o crime ocorreu estava no sítio de uma tia, localizado na cidade de Cascavel e que pelo fato de ter sido muito agredido na delegacia para confessar a autoria do crime, confessou que Rogério havia ficado com os objetos, porém o mesmo já faleceu.

Na fase policial, o acusado João Batista da Silva, afirmou em seu interrogatório que:

> "...no dia de hoje, isso por volta das 01:30 horas, encontrou-se com o elemento conhecido por ANDREZINHO num trailer que fica defronte a casa de dona Patrícia; Que, ANDREZINHO lhe indagou o que havia dentro da casa, ou seja, computador, fax e vários outros objetos; Que, ANDREZINHO, então, lhe pediu que deixasse o cadeado do portão da frente aberto para ele pudesse penetrar na casa para subtrair as coisas de dentro da casa; Que, ANDREZINHO disse, então naquela ocasião que lhe daria duzentos reais, após realizar o furto; Que, o interrogando foi para um quartinho que fica nos fundos da casa; Que, passado alguns instantes, o cachorro começa a latir, e daí chegou a conclusão de que ANDREZINHO já estava na casa; Que, ANDREZINHO, não lhe pagou o pactuado, não tendo mais visto o mesmo até o entardecer de hoje(...)Que, policiais desta Delegacia começaram a investigar, tendo sua pessoa, durante as investigações, resolvido contar a verdade, ou seja, de que facilitara a entrada de ANDREZINHO para que o mesmo realizasse o furto; Que, o interrogado não sabe onde ANDREZINHO se encontra, desconhecendo, inclusive, o endereço do mesmo; Que não sabia que ANDREZINHO era dado a prática de furto e roubo...".

Porém, João Batista da Silva, não foi ouvido em juízo, uma vez que, regularmente citado por edital, não compareceu em juízo para ser interrogado, tampouco constituiu advogado, tendo sido determinada a suspensão da ação penal e do prazo prescricional em relação a este réu, conforme decisão de fl. 55.

A vítima, Patrícia Barbosa Capelo, ao prestar declarações em juízo (fls. 59/60) afirmou que na época do fato, João Batista fazia serviços domésticos na casa de sua genitora e que seu o escritório funciona no jardim desta residência, a qual João Batista possuía a chave do portão de pedestre, uma vez que dormia na dependência de empregada. Em razão do período chuvoso a porta de seu escritório havia inchado e não estava fechando, tendo os objetos sido furtados de lá, mas estranhou não ter havido arrombamento no cadeado e nem na porta de entrada. Disse que João Batista confessou a autoria da infração em participação com Andrezinho, e que segundo João Batista, quem tirou os pertences do seu escritório foi o Andrezinho, inclusive receberia a quantia de duzentos reais por ter facilitado a ação do mesmo.

Por sua vez, a testemunha, Maria José da Silva Oliveira, a qual trabalhava no escritório da vítima, afirmou (fl. 61) que não presenciou o crime e que tomou conhecimento do furto através da vítima.

Diante desse contexto, é de se reconhecer que não há elementos probatórios que comprovem a versão apresentada pelo corréu, restando a mesma isolada nos autos, vez que não foi confirmada em juízo, já que o mesmo se encontra em lugar incerto e não sabido, bem como por não haver outros elementos a comprová-la, ressaltando, ainda, que não houve testemunha presencial do crime, nem mesmo o corréu, posto que, em seu interrogatório na fase policial, afirmou que facilitou a ação do recorrente, porém, no momento do crime, chegou a conclusão de que Andrezinho estava realizando o delito de furto, como combinado, segundo ele, porque ouviu o latido do cachorro, mas depois não o viu e nem sabia de seu paradeiro.

Desta forma, lendo e relendo a prova produzida neste processo, entendo que pairam dúvidas acerca da autoria, vez que, como já dito, as provas existentes nos autos, ou seja, as declarações da vítima e depoimentos testemunhais se apoiaram no depoimento do corréu, o qual não foi produzido sob o crivo do contraditório, já que interrogado somente na fase extrajudicial e, assim, deve imperar no processo penal, o princípio do *in dubio pro reo*.

Portanto, havendo dúvidas acerca da suficiência do acervo probatório a embasar a pretensão ministerial, bem como reconhecendo que no direito penal, a dúvida equivale à absolvição, dou provimento ao apelo da defesa.

Nesse sentido são os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> Ementa: APELAÇÃO CRIMINAL. **FURTO QUALIFICADO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO**. **A condenação criminal exige prova firme e segura da ocorrência do fato e de quem é o seu autor. Na hipótese dos autos,**

> **ninguém presenciou o momento da subtração, tampouco quem teria deixado a *res* abandonada na rua, o que impede a identificação da autoria delitiva. A ausência de prova judicializada inequívoca da autoria delitiva conduz à manutenção da sentença absolutória, atendendo-se à máxima *in dubio pro reo*.** APELAÇÃO PROVIDA.
> (Apelação Crime Nº 70052801362, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francesco Conti, Julgado em 20/02/2013)(grifei).
>
> Ementa: AC Nº. 70.052.596.517AC/M 4.392 - S 31.01.2013 - P 56 APELAÇÃO CRIME. FURTO SIMPLES. PRELIMINAR DE NULIDADE DO AUTO DE AVALIAÇÃO INDIRETA REJEITADA. **TESE ABSOLUTÓRIA CENTRADA NA AUSÊNCIA DE PROVAS. ACOLHIMENTO. ABSOLVIÇÃO DA RÉ. À ausência de prova suficiente para a formulação de um juízo conclusivo quanto à autoria da ré sobre o fato-subtração denunciado, a absolvição é medida que se impõe, com força no princípio humanitário *in dubio pro reo*** (art. 386, inc. VII, do C.P.P.). PRELIMINAR REJEITADA. APELO PROVIDO.
> (Apelação Crime Nº 70052596517, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em 31/01/2013)(grifei).

Assim, tenho que a hipótese enseja dúvida intransponível, na qual impõe a absolvição em segunda instância.

DIANTE DO EXPOSTO,

Em dissonância com o parecer ministerial, conheço do recurso, para dar-lhe provimento, absolvendo o réu ANDRÉ SILVA DE ABREU, com base no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Caso o réu encontre-se preso, expeça-se o competente alvará de soltura, se por outro motivo não estiver preso.

É como voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

PROCESSO N.°:0485610-40.2011.8.06.0001
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE FORTALEZA - 18ª VARA CRIMINAL
APELANTE: RAFAEL AMADOR BARBOSA
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, §2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ALEGAÇÃO DE DEPENDÊNCIA QUÍMICA DO RÉU. PLEITO DE INTERNAÇÃO PARA TRATAMENTO ANTIDROGAS. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1.Restando comprovado nos autos, a autoria e materialidade do crime descrito na denúncia, a condenação do réu é medida que se impõe.

2.Quanto ao pedido de internação do réu para tratamento antidrogas, não há nos autos comprovação de que o mesmo é dependente químico. Há somente a palavra do réu, não tendo a defesa, sequer, requerido exame médico-legal a atestar a incapacidade do caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, nem mesmo foi vislumbrado pelo julgador singular a necessidade de exame para comprovar tal dependência química, razão pela qual, entendo não ser possível determinar nesta instância recursal, a internação do apelante em clínica especializada para tratamento contra o vício de drogas.

3.Recurso conhecido e não provido.

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 e em consonância com o parecer ministerial, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu, RAFAEL AMADOR BARBOSA contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 18ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, a qual o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo **a sentença de fls. 105/118 (publicada em 09.01.2012 – fl. 119),** julgando procedente a denúncia, para condenar o acusado **à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão,** a ser inicialmente cumprida no **regime semiaberto**, além do **pagamento de 13 (treze) dias-multa,** sendo o valor do dia calculado a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Irresignada com a sentença a defesa apelou (fls. 122/124), requerendo a reforma da decisão para que seja acolhido o presente recurso, **reconhecendo que o apelante necessita de tratamento antidrogadição, em regime de internação, para que possa se ressocializar e voltar ao convívio da sociedade e da família,** uma vez que é dependente químico, mas não responde pelos seus atos, mesmo sabendo da ilicitude dos fatos, porque disposto a qualquer coisa para conseguir alimentar seu vício.

Contrarrazões apresentadas às fls. 130/132.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 140/145 opinando pelo improvimento do apelo.

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo réu RAFAEL AMADOR BARBOSA contra a sentença que o condenou pela prática do crime descrito no art. 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, além do pagamento de 13 (treze) dias-multa, sendo o valor do dia calculado a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Narra a denúncia que, conforme apurado no inquérito policial, no dia 19.06.2011, a vítima VALDEGLACE MARIA DE LIMA PEREIRA se encontrava na parada de ônibus, na Av. Dom Luis, em gente ao colégio Farias Brito, quando um motoqueiro junto com um garupeiro, que se encontrava armado, se aproximou da vítima e anunciou o assalto, subtraindo a sua bolsa com os pertences pessoais. Um motoqueiro que estava passando pelo local perguntou a vítima se havia sido assaltada, tendo a mesma afirmado que sim, ocasião em que este acionou a viatura do Ronda. Policiais militares que se encontravam de serviço na viatura avistaram duas pessoas passando por eles em uma motocicleta, mas somente após serem notificados da ocorrência é

que passaram a persegui-los, conseguindo deter apenas o motoqueiro, identificado por Rafael Amador Barbosa, porém o mesmo não se encontrava na posse da arma utilizada para a consecução do crime e nem dos objetos pessoais da vítima, tendo o garupeiro conseguido se evadir com esses objetos. A vítima compareceu ao local e reconheceu o infrator como sendo o autor do assalto que acabara de sofrer.

Pretende a defesa a reforma da sentença, para que seja acolhido o presente recurso, reconhecendo que o apelante necessita de tratamento antidrogadição, em regime de internação, para que possa se ressocializar e voltar ao convívio da sociedade e da família, uma vez que é dependente químico, mas não responde pelos seus atos, mesmo sabendo da ilicitude dos fatos, porque disposto a qualquer coisa para conseguir alimentar seu vício.

A materialidade delitiva está devidamente comprovada nos autos.

Lado outro, no que concerne à autoria, não obstante a negativa do réu, esta se encontra devidamente comprovada nos autos através do contexto probatório, tendo o réu atribuindo a autoria do crime a seu colega Henrique, o qual havia dado carona na moto.

Em juízo, o réu disse (mídia audiovisual) não lembrar como se deu o crime, apenas lembrando que tinha sido no período da noite e que, na ocasião estava indo deixar seu colega Henrique, o qual estava usando drogas com o mesmo e que havia lhe pedido uma carona em sua moto para o Papicú, porém, na parada de ônibus da Av. Dom Luís, ele pediu para descer e de lá o interrogando partiu, sem saber que seu colega iria assaltar e que estava armado, tendo sido, logo após, perseguido por um motoqueiro que havia avisado para a polícia o que havia acontecido, mas não sabia que Henrique tinha praticado o assalto e foi abordado pelos policiais, mas não presenciou o crime.

Disse que a vítima não tinha lhe reconhecido, mas que não foi submetido a nenhum exame para saber que estava drogado, mas que dava para saber pelo seu estado.

Entretanto, os argumentos apresentados pelo réu, não merecem qualquer credibilidade, vez que estão inteiramente isolados e inverossímeis diante das provas colhidas ao longo da instrução, senão vejamos:

A vítima, apesar de não ter sido ouvida em juízo, declarou na fase policial que (fls. 15/16):

> "...estava na parada de ônibus da av. Dom Luiz, no bairro Papicu próximo ao colégio Farias Brito, quando um motoqueiro em uma moto juntamente com um garupeiro armado com arma de fogo, subtraíram sua bolsa com os seus pertences pessoais, os quais não foram recuperados; que apenas o garupeiro estava armado com arma de fogo; que uma pessoa que estava passando em uma moto perguntou a declarante se ela tinha acabado de ser assaltada por um motoqueiro com um garupeiro pois havia presenciado e respondeu que sim; que a pessoa da moto disse que ia atrás deles e ao ver a viatura do ronda do quarteirão informou o ocorrido; que os policiais militares do ronda foram até a declarante conduzindo o autuado, tendo reconhecido de imediato o autuado como o motoqueiro e sendo um dos autores do crime em tela; que o garupeiro conseguiu se evadir, que soube nesta delegacia que o autuado se chama Rafael Amador Barbosa."

Com efeito, é de se ressaltar que, nos crimes de roubo praticados na clandestinidade, a palavra da vítima tem bastante relevância.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ART 157, §2.º, I e II do CP - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA CABALMENTE COMPROVADA - PALAVRA DA VÍTIMA - VALIOSA PEÇA DE CONVICÇÃO. **Tratando-se de delito praticado na clandestinidade como o ROUBO é de dar-se especial relevância às palavras das vítimas como elemento de prova, desde que não destoem do conjunto probatório e que não se encontrem nos autos indícios ou provas de que elas pretendam incriminar pessoas inocentes.**
> (Apelação Criminal N° 1.0704.04.023967-2/001 - Relator: Des. Paulo Cézar Dias; julgado em:11.05.2010; publicado em: 22.06.2010)(grifei).

Além disto, a testemunha, policial militar Pedro Henrique Cunha Cardoso afirmou em juízo (mídia audiovisual) que efetuou a prisão do acusado mas que o mesmo não estava com a arma e nem com os objetos da vítima. Disse que a vítima o informou que estava na parada de ônibus e que os rapazes passaram e levaram sua bolsa, tendo ela reconhecido Rafael como sendo o rapaz que estava conduzindo a moto. Disse, ainda, que Rafael chegou a confessar que havia participado do roubo e que aparentava estar um pouco nervoso, inquieto, mas não dava para afirmar se ele tinha bebido ou usado drogas.

Por sua vez, a testemunha, policial militar Helber Nascimento Holanda, afirmou em juízo (mídia audiovisual) que participou da prisão do acusado, tendo recebido uma denúncia de um motociclista de que dois rapazes em uma motocicleta haviam cometido um assalto, repassando as características dos mesmos e, assim, abordaram o acusado que pilotava a moto e levaram à presença da vítima que o reconheceu prontamente. Disse que a vítima relatou que estava na parada de ônibus quando dois indivíduos chegaram numa moto e anunciaram o assalto e que o garupeiro é que conduzia a arma. Relatou, ainda, que o acusado não confessou o crime e que seu comparsa havia fugido e que Rafael aparentava estar sob efeito de substâncias entorpecentes.

Contudo, como se percebe, as declarações prestadas pela vítima estão em perfeita harmonia com o contexto probatório, restando, assim, comprovada a materialidade e autoria do fato delituoso.

Arguiu a defesa que o réu é dependente químico, não respondendo pelos seus atos, mesmo sabendo da ilicitude dos fatos, vez que disposto a qualquer coisa para alimentar seu vício, necessitando, portanto, de tratamento antidrogadição, em regime de internação, para que possa se ressocializar e voltar ao convívio da sociedade e da família.

Porém, não merece ser acolhida a pretensão do apelante.

Na hipótese, não há nos autos comprovação da dependência toxicológica

do réu, tendo somente a palavra do recorrente, que se limitou a declarar ser dependente químico, inexistindo qualquer exame médico-legal que ateste tal dependência, nem mesmo foi requerido pela defesa.

Desta forma, havendo somente a palavra do réu, que justificou ser dependente químico e que no momento em que ocorreu o fato estava drogado, não tendo a defesa, sequer, requerido exame médico-legal a atestar a incapacidade do caráter ilícito da conduta ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, nem mesmo foi vislumbrado pelo julgador singular a necessidade de exame para comprovar sua dependência química, razão pela qual, entendo não ser possível, determinar nesta instância recursal, a internação do apelante em clínica especializada para tratamento contra o vício de drogas.

À respeito do assunto, é o entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE NO CASO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE GENÉRICA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL AFASTADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. - Adota-se o Princípio da Insignificância, recepcionado pelo ordenamento jurídico, desde que a sua aplicação se condicione à análise criteriosa das circunstâncias do caso concreto. - Não havendo qualquer circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, que o justifique, impossível se mostra o reconhecimento da atenuante genérica do art. 66 do Código Penal. **- Não tendo a defesa comprovado a alegada dependência toxicológica, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por internação em clínica especializada".**
> (TJMG. Apelação Criminal 1.0016.11.000691-9/001. 6ª Câmara Criminal. Relator: Desembargador Catta Preta. Julgado em 08/08/2012). (grifei).

> PENAL - ROUBO MAJORADO TENTADO - REDUÇÃO DE PENA - ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA - AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL - IMPOSSIBILIDADE - ATENUANTE DA COCULPABILIDADE - NÃO RECONHECIMENTO - **INTERNAÇÃO CLÍNICA - AUSENTE EXAME COMPROBATÓRIO DA DEPENDÊNCIA QUÍMICA -** REGIME ABERTO - IMPOSIÇÃO - RECURSO PROVIDO EM PARTE. - Fixada a pena-base no mínimo legal, o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea não têm o condão de reduzi-la aquém desse patamar, consoante Súmula nº. 231 do STJ e Súmula nº. 42 do TJMG. - A deficiência do Estado quanto ao atendimento satisfatório das necessidades fundamentais do indivíduo não autoriza sua corresponsabilização pela prática delitiva do agente. **- Se a defesa não comprova a dependência química do réu e ausente laudo pericial nos autos, não há como determinar sua internação em clínica para tratamento. -** O fato de o agente primário ser condenado à pena inferior a quatro anos, sendo favoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, autorizam a alteração do regime do semiaberto para o aberto. (Apelação Criminal 1.0016.11.001209-9/001, Rel. Des.

> (a) Júlio Cezar Guttierrez, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/10/2011, publicação da súmula em 18/11/2011)(grifei).
>
> CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO - FURTOS - AUTORIA E MATERIALIDADE - COMPROVAÇÃO - **DEPENDÊNCIA QUÍMICA - AUSÊNCIA DE PROVAS -**PENALIDADES - FIXAÇÃO CORRETA - RECURSOS DESPROVIDOS. Comprovadas autoria e materialidade, impõe-se a confirmação da sentença condenatória em que, com acerto, decidiu o douto julgador fixar as penas em conformidade com os princípios ditados pelos artigos 59/ 68 do CP. Nos moldes do art. 11 e seguintes da Lei nº 10.409/02, **a internação para tratamento do dependente químico somente se justifica quando comprovada a necessidade através do laudo pericial.**
> (Apelação Criminal 1.0335.05.001476-0/001, Rel. Des.(a) Walter Pinto da Rocha, 4ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 26/07/2006, publicação da súmula em 22/08/2006) (grifei).

Portanto, encontrando-se isenta de dúvidas a autoria e materialidade do delito de roubo e presente ao apelante a necessária certeza probatória, considerando, ainda, que o julgador está mais próximo do réu e dos fatos, é de se respeitar a decisão de primeiro grau.

DIANTE DO EXPOSTO, em consonância com o parecer ministerial, conheço do recurso, mas **para negar-lhe provimento**, mantendo a sentença recorrida nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 607- 41.2006.8.06.0137/1
APELANTE: REGINALDO MARINHO DA SILVA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL POPULAR DO JÚRI. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. ALEGAÇÃO DE SER INIDÔNEO O AGRAVAMENTO DA PENA-BASE PELOS SUPOSTOS MAUS ANTECEDENTES DO APELANTE E DE NÃO TER SIDO APLICADA A ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO ANTERIOR AOS FATOS NARRADOS NA DENÚNCIA. SÚMULA Nº 444 DO STJ. APLICAÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. SEGUNDA QUALIFICADORA CONSIDERADA COMO CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. RECONHECIMENTO. RECURSO PROVIDO.

1. Ao proceder ao cálculo da pena, o Juízo *a quo* agravou a pena-base do apelante por reputar desfavoráveis duas circunstâncias judiciais: maus antecedentes e conduta social, a primeira, porque o incriminado esteve envolvido noutro homicídio e numa tentativa, apurada nos autos do Inquérito Policial nº 025/2008, e a segunda, porque "foi vítima de nova emboscada, indicando que está intimamente vinculado ao mundo do crime".

2. Malgrado a ilação efetuada pelo Juízo ordinário em seu *decisum,* é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, consoante dispõe a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, não servindo a esse propósito, igualmente, condenações penais posteriores aos fatos narrados na exordial acusatória.

3. Na mesma esteira, inadequado estimar desfavorável a conduta social do apelante porque este "foi vítima de nova emboscada, indicando que está intimamente vinculado ao mundo do crime". Tal inferência, em si mesma, não se presta para macular a conduta social do acusado, não podendo, por consectário, recrudescer a pena-base a ser arbitrada.

4. Procedendo-se ao novo cálculo da pena do recorrente,

obtém-se a pena definitiva de 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, diante da ausência de elementos aptos a reputar desfavoráveis as circunstâncias judiciais do art. 59 , do CP, e, bem assim, em vista da equivalência entre a parcela minorada pela atenuante da menoridade relativa e a majorada pela segunda qualificadora reconhecida pelos jurados, considerada esta como circunstância agravante.
5. Recurso conhecido e provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 607-41.2006.8.06.0137/1, da Comarca de Pacatuba, em que é apelante Reginaldo Marinho da Silva, 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 provimento ao recurso, reduzindo a pena imposta ao apelante para 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Reginaldo Marinho da Silva contra a sentença do Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Pacatuba que lhe aplicou a pena de 14 (catorze) anos de reclusão, em virtude de o Tribunal Popular do Júri daquela Comarca tê-lo julgado como autor do crime de homicídio duplamente qualificado contra a pessoa de Emerson Alan Dantas da Silva.

Em seu arrazoado, argui o apelante, por meio da Defensoria Pública do Estado, que o Juízo *a quo* incidiu em erro ao considerar a existência de maus antecedentes contra si, uma vez que não lhe recai nenhuma condenação processual, havendo excesso na fixação da pena-base. Aduz, ainda, que não foi aplicada a atenuante da menoridade relativa, apesar de contar com 19 (dezenove) anos de idade quando da ocorrência do delito pelo qual restou condenado. Requer seja retificada a pena aplicada, com a redução da pena-base e atentando-se, igualmente, para a atenuante retrocitada (fls. 151/154).

Contrarrazoando o recurso, a representante do Ministério Público pugna pela manutenção, na íntegra, da sentença condenatória (fls. 170/171)

Instada a manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo parcial provimento do recurso, reduzindo-se a pena imposta para o mínimo legal previsto para o tipo (fls. 182/184).

Tendo em vista a aposentadoria da eminente Relatora originária, restou o feito redistribuído por encaminhamento a este Signatário (fls. 199/200).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do vertente recurso, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta Segunda Instância.

Ab initio, registro que a irresignação do recorrente cinge-se à dosimetria levada a efeito pelo Juízo *a quo* na sentença de primeiro grau, não havendo qualquer insurgência concernente à sua condenação pelo Tribunal Constitucional do Júri da Comarca de Pacatuba.

Argumenta a Defensoria Pública do Estado ser indevida a majoração da pena-base fixada na decisão recorrida ao se considerar que o apelante ostentava maus antecedentes, porquanto não lhe recai nenhuma condenação processual. Afirma, outrossim, que não foi aplicada a atenuante da menoridade relativa, mesmo tendo o recorrente 19 (dezenove) anos de idade à época do delito, sendo necessárias as correções pertinentes.

Pois bem. Ao prolatar a sentença condenatória, o Judicante, procedendo ao critério trifásico do cálculo da pena, referiu-se nos seguintes termos:

> "[...] Analisando as circunstâncias para a especificação da pena, inseridas no Art. 59 do Código Penal, vê-se que nenhuma merece especial destaque exceto os maus antecedentes do condenado, uma vez que esteve envolvido noutro homicídio e numa tentativa, ora apurada nos autos do I. P. nº 025/2008, assim como sua péssima conduta social, pois ele próprio foi vítima de nova emboscada, indicando que está intimamente vinculado ao mundo do crime, o que importa na aplicação recrudescida determinada no tipo, motivo pelo qual fixo a pena base em **quatorze (14) anos de reclusão**, deixando de alterá-la por qualquer razão, em face de inexistir causa que a modifique. [...]" (fls. 136 – grifos no original).

Conforme se percebe do excerto transcrito, o Judicante agravou a pena-base do apelante por reputar desfavoráveis duas circunstâncias judiciais: maus antecedentes e conduta social, a primeira, porque o incriminado esteve envolvido noutro homicídio e numa tentativa, apurada nos autos do Inquérito Policial nº 025/2008, e a segunda, porque "foi vítima de nova emboscada, indicando que está intimamente vinculado ao mundo do crime".

Malgrado a ilação efetuada pelo Juízo ordinário em seu *decisum,* consoante dispõe a Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base, não servindo a esse propósito, igualmente, condenações penais posteriores aos fatos narrados na exordial acusatória.

In casu, o Magistrado não alude a qualquer condenação criminal pretérita na pessoa do réu, corroborando as certidões de antecedentes criminais constantes dos autos a inexistência de tais condenações em desfavor do recorrente.

Na mesma esteira, inadequado estimar desfavorável a conduta social do apelante porque este "foi vítima de nova emboscada, indicando que está intimamente vinculado ao mundo do crime". Tal inferência, em si mesma, não se presta para macular a conduta social do acusado, não podendo, por consectário, recrudescer a pena-base a ser arbitrada.

A jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça é iterativa nessa direção, senão vejamos:

> **STJ** – *HABEAS CORPUS*. RECEPTAÇÃO. PENA-BASE. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO NEGATIVA. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO POR FATO POSTERIOR AO ILÍCITO PRATICADO. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PARECER ACOLHIDO. 1. No cálculo da pena-base, é impossível a consideração de condenação transitada em julgado correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, seja para valorar negativamente os maus antecedentes, a personalidade ou a conduta social do agente. Precedentes. 2. Desatendidos os requisitos subjetivos, inadequada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 3. Ordem concedida em parte, apenas para reduzir a pena do paciente.
> (HC 168621/SP – Sexta Turma, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgamento: 18/06/2012, Publicação: DJe 29/06/2012).

> **STJ**–*HABEAS CORPUS*.IMPETRAÇÃOORIGINÁRIA.SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. [*Omissis*]. 2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*]. 4. [*Omissis*]. ROUBO CIRCUNSTANCIADO TENTADO. PENA-BASE. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DESFAVORABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO VAGA E IMPRECISA. **MAUS ANTECEDENTES E PERSONALIDADE NEGATIVA. AÇÕES PENAIS SEM CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO. SÚMULA 444/STJ.** CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. NEGATIVIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. REPRIMENDA REDIMENSIONADA. CORRÉU. SIMILITUDE FÁTICO-PROCESSUAL. APLICAÇÃO DO ART. 580 DO CPP. EXTENSÃO DA ORDEM. 1. Não há como se elevar a pena-base com fundamento na consideração de que o acusado agiu com alto grau de culpabilidade, sem indicar elementos concretos que levassem a essa conclusão. 2. Ilegal considerar-se negativos os motivos e consequências do delito, quando embasados em elementares do tipo penal violado e em argumentos genéricos. 3. **Consoante orientação já sedimentada nesta Corte Superior, ações penais sem certificação do trânsito em julgado não podem ser levados à consideração de maus antecedentes, má conduta social ou má personalidade para a elevação da pena-base, em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade. Súmula 444/STJ.** 4. Havendo suficiente fundamentação quanto à desfavorabilidade

> das circunstâncias do delito, devida a fixação da reprimenda básica acima do mínimo legal. 5. O artigo 580 do CPP permite que, na hipótese de concurso de agentes, a decisão judicial favorável proferida em favor de um acusado se estenda aos demais, desde que as situações fático-processuais sejam idênticas e não esteja a decisão beneficiadora fundada em motivos que sejam de caráter eminentemente pessoal, exatamente como ocorre na espécie. 6. *Habeas corpus* não conhecido, concedendo-se, contudo, a ordem de ofício, nos termos do art. 654, § 2º, do CPP, para afastar as circunstâncias judiciais ilegalmente consideradas, redimensionando-se a pena do paciente, que resta definitiva em 4 (quatro) anos de reclusão e pagamento de 14 (quatorze) dias-multa, estendendo-se, também de ofício, e nos termos do art. 580 do CPP, a decisão ao corréu MARCOS PIMENTA DE CARVALHO, mantidos os demais termos da sentença e do aresto impetrado. (**Grifos nossos**).
> (HC 175123/ES – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 05/02/2013, Publicação: DJe 18/02/2013).

Em função de tais considerações, passo à nova dosimetria da pena imposta ao apelante.

Para a hipótese, diante da ausência de elementos aptos a avaliar negativamente as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, fixo a pena-base do recorrente em 12 (doze) anos de reclusão, mínimo legal para o crime de homicídio qualificado.

Na segunda fase do processo de cálculo da pena, lícito considerar como circunstância agravante a qualificadora constante no art. 121, § 2º, IV, do CP, reconhecida pelo Conselho de Sentença, dada sua previsão no art. 61, II, "c", do CP. Desse modo, agravo a pena-base em 1 (um) ano.

Nesse mesmo sentido:

> **STJ** – *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ACENTUADA REPROVABILIDADE DA CONDUTA DELITUOSA PRATICADA. MOTIVOS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. ELEMENTOS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO PENAL VIOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. 1. Não há constrangimento ilegal no ponto em que foi realizado o aumento da pena-base em razão da culpabilidade, haja vista a acentuada reprovabilidade da conduta delituosa praticada pelo paciente, bem evidenciada pelo excessivo número de lesões causadas na vítima (ao todo, sete). 2. Apontados elementos concretos que evidenciam uma maior reprovabilidade nas razões que impulsionaram o paciente a cometer o delito, não há constrangimento ilegal no ponto em que houve a valoração negativa dos motivos do crime. 3. **Reconhecida mais de uma qualificadora, uma implica o tipo qualificado, enquanto as demais ou ensejam a exasperação da pena-base ou são utilizadas para agravar a pena na segunda etapa da dosimetria, quando previstas no art. 61 do Código Penal.** 4. O fato de o crime ter desestabilizado a pacificação social,

> gerando insegurança à sociedade como um todo, constitui elemento vago, genérico, que serviria para qualquer delito de homicídio abstratamente considerado, não podendo, por isso mesmo, ensejar a exasperação da pena-base. 5. A morte da vítima, ainda que inocente, também constitui elemento inerente ao próprio tipo penal violado, não podendo, por isso mesmo, ensejar o aumento da reprimenda-base, até porque a vida humana vale por si só. 6. Ordem concedida para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 14 anos e 6 meses de reclusão. (**Grifos nossos**).
> (HC 214759/ES – Sexta Turma, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgamento: 02/10/2012, Publicação: DJe 16/10/2012).

Tendo em vista que o apelante contava com menos de 21 (vinte e um) anos ao tempo dos fatos (fls. 41 e 56), incide na espécie a atenuante do art. 65, I, do CP (menoridade relativa), motivo pelo qual decoto de 1 (um) ano o *quantum* da pena até então obtida.

Inexistindo causas de aumento e diminuição da pena, torno-a definitiva em 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado.

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório, para dar-lhe provimento, reduzindo a pena imposta ao apelante para 12 (doze) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado, nos termos do voto Relator.

É como voto.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

PROCESSO Nº 77-69.2005.8.06.0073/1
TIPO: APELAÇÃO CRIME
ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE CROATÁ-CE
APELANTE: LUIZ ANTONIO BEZERRA FILHO
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E FORNECIMENTO DE ARTEFATO A MENOR (ART. 14 – DUAS VEZES E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. V, AMBOS DA LEI 10.826/2003). CONCURSO MATERIAL. INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE PARA A PRIMEIRA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO NO TOCANTE AO SEGUNDO DELITO. DESCABIMENTO. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. Na hipótese de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente, *ex vi* do art. 119 do CPB, daí sobrevindo a **prescrição** da pretensão punitiva intercorrente para o tipo previsto no art. 14 da Lei 10.826/2003, pois apenado em dois (02) anos de reclusão e transcorrido período superior a 04 (quatro) anos, entre a data da publicação da sentença (03/06/2008) até hoje, ausente qualquer outro marco interruptivo previsto no art. 117 do mesmo diploma legal.

2. Devidamente comprovado no caderno processual, que o indigitado entregou a arma a pessoa menor de idade (certidão de nascimento acostada aos fólios), fato este incontroverso, eis que confessado, impossível a pretendida absolvição.

3. *In casu,* o julgador reconheceu a atenuante da confissão espontânea, mas como aplicou a reprimenda base no menor patamar previsto para a espécie, justificou acertadamente a inaplicabilidade daquela, com supedâneo na Súmula 231 do STJ.

4. Reconhecida, de ofício, a prescrição em relação ao porte ilegal, resta o réu apenado em três (03) anos de reclusão e dez (10) dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo. Diante da quantidade de pena remanescente, impõe-se o regime prisional aberto, nos moldes do art. 33, § 2º, "c", do código repressivo pátrio. Ademais, preenchidos os critérios do art.

44 do mesmo diploma legal, substituo a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, cuja implementação delego ao Juízo das execuções.
5. Recurso prejudicado, para o crime de porte ilegal e tocante à outra imputação, conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 77-69.2005.8.06.0073/1, oriundos do Juízo da Vara Única da Comarca de Croatá/Ce, em que figuram como apelante e apelado, respectivamente, Luiz Antônio Bezerra Fialho e Justiça Pública.

Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, unanimemente, em declarar a extinção da punibilidade do apelante pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva intercorrente, conforme disposto no art. 107, inciso IV, c/c os arts. 109, inciso V e 110**,** § 1º, todos do CPB, somente no tocante ao porte ilegal e, no que tange ao crime configurado no art. 16, parágrafo único, inc. V, da Lei 10.826/2003, conhecer do apelo, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de apelatório interposto por Luiz Antônio Bezerra Fialho objurgando a condenação como incurso no art. 14 (duas vezes) e art. 16, parágrafo único, inc. V, ambos da Lei 10.826/2003, respectivamente, às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) anos de reclusão, totalizando uma reprimenda definitiva de 07 (sete) anos de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 30 (trinta) dias multa (fls. 97/107).

Recurso da defesa pleiteando absolvição e, alternativamente, a redução da reprimenda por se tratar de um único delito e a aplicação da atenuante da confissão (fls. 119/124).

Contrarrazões opinando pela mantença do veredicto (fls.126/129).

Parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça manifestando-se pelo conhecimento do recurso e parcial provimento, devendo o réu ser condenado somente por uma infração ao art. 14 da Lei 10.826/03 e seja reconhecida a atenuante da confissão (fls.136/139).

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade o apelo deve ser conhecido, por tempestivo e previsto na espécie.

Como já dito, cuida-se de irresignação tocante à condenação de Luiz Antônio Bezerra Fialho, às penas de 02 (dois) anos e 03 (três) anos de reclusão, por infração, respectivamente, aos arts. 14 (duas vezes) e 16, parágrafo único, inc. V, ambos da Lei 10.826/2003.

De pórtico, impõe-se o reconhecimento da prescrição para o delito capitulado no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, consoante o art. 119 do CPB, *in verbis*: *"No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente."*

Com efeito, o art. 110, § 1º, do Código Penal, dispõe que *"a prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação [...] regula-se pela pena aplicada"*.

Já o art. 109, inc. V, do mesmo código, estabelece que a prescrição verifica-se em 04 (quatro) anos, se o máximo da pena não excede a 02 (dois) anos.

In casu, da data da publicação da sentença (31/07/2007 - fl. 107v) até hoje, transcorreram mais de 04 (quatro) anos e, por conseguinte, resta configurado o instituto da prescrição, o qual, vale salientar, deve ser reconhecido de ofício, por se tratar de matéria de ordem pública. Inteligência do art. 61 do CPP.

A mencionada condenação, ressalte-se, transitou em julgado para a acusação em 30/08/2007 (fl.111).

Sobre a matéria, a lição do mestre Fernando Capez [1]:

> "Prescrição da pretensão punitiva intercorrente, posterior ou superveniente à sentença condenatória: é a prescrição que ocorre entre a data da publicação da sentença condenatória e o trânsito em julgado. Por isso, ela é chamada de intercorrente ou de superveniente à sentença condenatória. Seu prazo é calculado com base na pena concreta fixada na sentença e não como base no máximo cominado abstratamente. [...] No entanto, depois de proferida a sentença condenatória, não existe mais qualquer justificativa para continuar calculando a prescrição pela pior das hipóteses (a maior pena possível), uma vez que já se conhece a pena para aquele caso concreto. Por essa razão, o art. 110, § 1°, do CP determina que, após o trânsito em julgado da condenação para a acusação, a prescrição é regulada pela pena fixada na sentença."

No mesmo sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça, vejamos:

> "RECURSO ESPECIAL – PENAL – SENTENÇA CONDENATÓRIA – TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO – RECURSO DA DEFESA – APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA – LAPSO TEMPORAL – OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – Da publicação da sentença

1 In Curso de Direito Penal, Parte Geral, Editora Saraiva, 11ª Edição, páginas 583 e 584:

> condenatória, transitada em julgado para a acusação, até o presente julgamento transcorreu período de tempo suficiente à configuração da prescrição superveniente, já que ausente qualquer marco interruptivo (art. 117 do CP). 2. Reconhecimento, de ofício, da extinção da punibilidade estatal quanto aos crimes imputados ao Recorrente, em face da prescrição intercorrente, nos termos do art. 107, inciso IV, c/c o art. 109, inciso V, do Código Penal. 3. Recurso prejudicado."
> (STJ – EDRESP 476463 – SC – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJU 08.03.2004 – p. 00318) JCP.117 JCP.109 JCP.109.V.

Superado este aspecto, passo à análise do mérito relativa à conduta imputada no art. 16, parágrafo único, inc. V, da Lei 10.826/2003.

Tocante ao pleito absolutório, este resta rechaçado, pois os elementos reunidos no probatório apontam que o recorrente entregou a arma ao menor Francisco Wesley Ferreira de Oliveira (certidão de nascimento - fl. 24), assim infringindo o tipo retromencionado, *in verbis*: *" Nas mesmas penas incorre quem: vender, entregar ou fornecer, ainda que gratuitamente, arma de fogo, acessório, munição ou explosivo a criança ou adolescente"*.

Em Juízo, o réu confessou a autoria delitiva (fls. 44/46), de onde extraio, no que interessa:

> " […] que não vendeu a arma ao menor; que de fato entregou a arma ao menor; […] que quando entregou a arma ao menor Wesley esta estava desmuniciada; […] que não tem certeza o tempo em que o menor Wesley permaneceu com a referida arma, mas foi por volta de uma semana; […] que ficou com a referida arma durante seis meses até repassá-la ao menor Wesley; […] que ofereceu a arma ao menor num campo de futebol […], que efetuou a entrega da mencionada pistola ao menor neste campo de futebol [...]".

João Paulo dos Reis Oliveira (fls. 47/49) narrou: "*[...] que ouviu dizer por por comentários na rua de que o menor Wesley havia adquirido a arma de Luiz Antônio; que também ouviu, por comentário de populares, que o menor havia devolvido a arma porque não tinha a quantia de trezentos reais para pagar"*.

O menor Wesley, em Juízo (fls. 64/65), desconheceu os fatos narrados na acusatória, mudando a versão apresentada no procedimento inquisitorial.

Jonas Luciano de Macedo (fl.73) também relatou: *"[...] ouviu falar que a arma tinha sido passada pelo Luís Antônio ao menor Wesley e que este a devolveu por não haver pago a referida arma"*.

A autoria é incontroversa, bem como comprovada a materialidade delitiva, através do termo de apreensão (fl. 10) e do laudo pericial (fls.12/13).

Destarte, descabidos os argumentos de inexistência de provas, pois delineada nos fólios a conduta do réu.

Ora, no tipo em análise, basta o dolo, não se exigindo qualquer outro

elemento subjetivo específico. Não se exige, também conhecimento quanto à aptidão da arma. Basta o ato de entregar. Trata-se de crime de mera conduta, de perigo abstrato, já que a probabilidade de vir ocorrer algum dano, pelo mau uso da arma, é presumida pelo tipo.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci [2] leciona que o porte ilegal de arma de fogo é crime "*[...] de mera conduta (independe da ocorrência de qualquer efetivo prejuízo para a sociedade) e de perigo abstrato (a probabilidade de vir a ocorrer algum dano, pelo mau uso da arma, acessório ou munição, é presumido pelo tipo penal)"*.

Ademais:

> "A lei busca aqui reprimir de forma mais severa o fornecimento, a título oneroso ou não, de armas de fogo, acessórios, munições ou explosivos a crianças ou adolescentes. Perceba-se que a lei não distingue entre armas de uso permitido e restrito, aplicando pena grave em razão da especial qualidade do destinatário. Vender significa alienar mediante contraprestação. Entregar significa passar às mãos de outrem, sendo que a última figura, qual seja, **fornecer ainda que gratuitamente, visa abarcar toda forma de conduta capaz de armar a criança ou o adolescente**."
> (Legislação Penal Especial, Vol. 1, Gustavo Octaviano Diniz Junqueira, Paulo Henrique Aranda Fuller - 6ª edição São Paulo: Saraiva, 2010).

Ficou demonstrado, estreme de dúvidas, que o indigitado entregou arma de fogo a Francisco Wesley Ferreira de Lima, menor de idade.

In casu, verifico que embora o magistrado sentenciante tenha reconhecido a atenuante acima nominada, deixou de aplicá-la em face da imposição da pena base no patamar mínimo.

Desarrazoada a manifestação da douta Procuradora, pois a postura adotada pelo juízo de piso encontra agasalho na jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Ressalte-se que tal Corte foi criada para uniformizar a interpretação da legislação infraconstitucional e, através da Súmula 231, pontificou a impossibilidade jurídica de se fixar a pena aquém do mínimo legal em virtude da existência de circunstância atenuante, uma vez que a primeira e a segunda fase, não podem resultar em reprimendas que superem os limites inferior ou superior previstos no tipo legal do delito. Para o STJ, esses limites podem ser ultrapassados apenas na terceira fase.

O mesmo entendimento referendou o excelso Supremo Tribunal Federal ao apreciar, na seara de repercussão geral (RE 597270 RG-QO/RS) assim: *"Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode*

2 *In* "*Leis penais e processuais penais comentadas*", 4ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 86.

conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Induvidosamente, ocorreu o delito em referência, impondo-se, por conseguinte, a manutenção do veredicto em todos os seus termos. Todavia, em virtude da prescrição para o art. 14 da Lei 10.826/2003, resta o réu apenado somente no tocante ao art. 16, inciso V da mesma legislação extravagante, ou seja, três (03) anos de reclusão e dez (10) dias multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, a ser cumprida, a primeira, em regime aberto, nos moldes do art. 33, § 2º, "c", do código repressivo.

Presentes as condições do art. 44 do CPB, quais sejam: condenação inferior a quatro (04) anos, inexistência de violência ou grave ameaça à pessoa, e circunstância judiciais favoráveis, substituo a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, cuja implementação delego ao Juiz das execuções.

Ante o exposto, com base no art. 61 do CPP, declaro extinta a punibilidade do apelante, com relação ao art. 14 da Lei 10.826/2003, reconhecendo a prescrição da pretensão punitiva intercorrente, nos termos do art. 107, IV, c/c art. 109, V e art. 110, §1º, todos do CPB, afastando todos os efeitos desta condenação e, tocante ao crime de fornecimento de arma a menor, conheço do apelo, mas para negar-lhe provimento, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 20 de março de 2013.

PROCESSO N.°: 0099242-09.2008.8.06.0001
APELAÇÃO CRIMINAL – COMARCA DE FORTALEZA – 3ª VARA CRIMINAL
APELANTE: JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA
APELANTE: PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA
APELANTE: BRUNO ROCHA COLARES
APELANTE: MICHEL NÓBREGA GOMES
APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, QUADRILHA OU BANDO E RECEPTAÇÃO. NULIDADE DA DECISÃO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA DOSIMETRIA DA PENA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIRMADAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INVIABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA. NECESSIDADE. EXACERBAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. DESCONSIDERAÇÃO. SÚMULA Nº 444, DO STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA DO DELITO DE ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 444, DO STJ. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE OFÍCIO PARA EM RELAÇÃO AOS DOIS ÚLTIMOS RECORRENTES. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA OS DOIS PRIMEIROS RÉUS E IMPROVIDO PARA OS DOIS ÚLTIMOS. DE OFÍCIO, REDUZIDA A PENA APLICADA PARA OS DOIS ÚLTIMOS APELANTES E MODIFICADO O REGIME PARA O SEMIABERTO PARA O RÉU BRUNO ROCHA E ABERTO PARA O APELANTE MICHEL.

1. Não há que se falar em nulidade, estando a decisão devidamente fundamentada, tendo o magistrado de piso analisado, de forma escorreita e fundamentada, as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, bem como seguido de forma técnica a aplicação trifásica da reprimenda. Preliminar rejeitada

2. Restando comprovadas nos autos a autoria e materialidade dos delitos descritos na denúncia, não há como acolher a pretensão da defesa em absolver os réus.

3. Na hipótese, ao contrário dos frágeis argumentos da defesa, há provas suficientes a sustentar as condenações dos réus, uma vez que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa dos mesmos na empreitada criminosa, tendo sido tais condenações baseadas em provas contidas nos autos, obtidas sob o crivo do contraditório, não tendo os réus trazido um elemento sequer a sustentar a versão de inocência, não se desincumbindo do ônus que lhes competia e, assim, incabível o pleito de absolvição.
4. Não configura a participação de menor importância pretendida pelos apelantes José Auriberto e Paulo Cézar, se suas condutas foram fundamentais para a consumação dos delitos.
5. Conforme Súmula nº 444, do STJ, inquéritos policiais e ações penais em andamento não podem ser utilizados como fundamento para majoração da pena base, má conduta social e personalidade voltada para o crime. No caso, o juiz *a quo* considerou os antecedentes dos réus como circunstância desfavorável, em face dos mesmos responderem a outros processos criminais, o que não é permitido.
6. Aplicada a pena base de forma exacerbada, pode a mesma ser revista nesta instância. Mesmo havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus de forma a afastar a pena base do mínimo legal, não significa que a reprimenda seja fixada em patamar tão elevado, como na hipótese, sob pena de malferir os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.
7. A teor da Súmula nº 443, do STJ, o aumento na terceira fase da aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, o que não ocorreu e, assim, foi a mesma reduzida de ofício para os três primeiros réus.
8. Modificado, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena corporal para o aberto em relação ao apelante Michel Nóbrega, nos termos do art. 33, §2º, "c", do CP e, semiaberto, para o apelante Bruno Rocha Colares, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.
9. Apelos conhecidos, mas parcialmente providos para os apelantes José Auriberto e Paulo Cézar Alves e improvidos para os apelantes, Bruno Rocha e Michel Nóbrega. De ofício, reduzida a pena aplicada aos dois últimos recorrentes, bem como modificado o regime inicial de cumprimento da pena corporal para o aberto, em relação ao apelante Michel Nóbrega e semiaberto para o apelante Bruno Rocha Colares.

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 e em dissonância com o parecer ministerial, em conhecer dos recursos, para dar parcial provimento aos apelos de JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA e PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA e negar provimento aos apelos de BRUNO ROCHA COLARES e MICHEL NÓBREGA GOMES, porém, de ofício, reduzir a pena aplicada aos dois últimos réus, modificando, ainda, o regime inicial de cumprimento da pena corporal, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelações criminais interpostas pelos réus, JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA, vulgo "Neguim Caçaco", PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, vulgo "Paim", BRUNO ROCHA COLARES, vulgo "Vulto", e MICHEL NÓBREGA GOMES, contra a sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza, que condenou os três primeiros réus pela prática dos crimes descritos no art. 157, §2º, incisos I e II, e art. 288, parágrafo único do Código Penal, e o último, nas penas do art. 180, *caput*, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal.

O processo transcorreu de forma regular, sobrevindo a **sentença de fls. 273/285 (publicada em 11.08.2010 – fl. 285v)**, julgando parcialmente procedente a denúncia, para condenar os acusados JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA e PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, à **pena de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão**, em **regime inicialmente fechado,** além do **pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa,** no valor correspondente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, o acusado BRUNO ROCHA COLARES, à **pena de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão,** em **regime inicialmente fechado**, além do **pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa e** o acusado MICHEL NOBREGA GOMES, **à pena de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão,** a ser cumprida inicialmente em **regime semiaberto**, além do **pagamento de 20 (vinte) dias-multa,** tendo sido fixado, ainda, **a quantia de R$ 7.000,00 (sete mil reais) como reparação de dano em favor da vítima,** a ser pago na proporção de ¼ (um quarto) por cada um dos denunciados.

Irresignados com a sentença os réus apelaram, tendo a defesa de **José Auriberto Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva**, alegado em suas razões (fls. 311/315), que a condenação dos mesmos foi baseada somente no depoimento das vítimas, as quais tinham o intuito de incriminá-los, bem como aduziu que a pena

aplicada foi bastante exacerbada, pretendendo, por fim, **a reforma da sentença para que seja aplicada aos réus, uma pena condizente com a participação dos mesmos no delito em questão,** tendo em vista que não houve uma produção de provas necessária e inconteste que comprovassem a culpabilidade dos apelantes.

A defesa de **Bruno Rocha Colares**, aduziu em suas razões (fls. 367/382), preliminarmente, **a ausência de fundamentação na dosimetria da pena,** porém, em seu pedido, pugnou, apenas, pela **absolvição do mesmo, nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal**.

Por sua vez, a defesa de **Michel Nóbrega Gomes**, requereu em suas razões (fls. 405/409), pela **absolvição do apelante,** sustentando que a ação penal foi baseada em um flagrante forjado pelo pai da criança.

Contrarrazões apresentadas às fls. 323/326, 413/417 e 430/435, pelo improvimento dos apelos.

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça às fls. 419/424 e 437, opinando pelo provimento parcial dos apelos, somente para que seja elaborada nova dosimetria, desta vez devidamente fundamentada.

É o relatório.

VOTO-PRELIMINAR

Conheço dos recursos, posto que presentes os requisitos de admissibilidade.

Como relatado, trata-se de recursos de Apelação Criminal, interpostos pelos réus, JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA, vulgo "Neguim Caçaco", PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, vulgo "Paim", BRUNO ROCHA COLARES, vulgo "Vulto", e MICHEL NÓBREGA GOMES, contra a sentença que condenou os três primeiros réus nas penas do art. 157, §2º, incisos I e II, e art. 288, parágrafo único, do Código Penal, e o último, nas penas do art. 180, *caput*, e art. 288, parágrafo único, todos do Código Penal, à pena de 12 (doze) anos e 03 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, para os acusados JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA e PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, o réu BRUNO ROCHA COLARES, à pena de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão, além do pagamento de 26 (vinte e seis) dias-multa, estes em regime inicial fechado e o réu MICHEL NOBREGA GOMES, à pena de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 20 (vinte) dias-multa.

Preliminarmente, alegou a defesa de Bruno Rocha Colares, a ausência de fundamentação na dosimetria da pena, o que não prospera.

Não há que se falar em ausência de fundamentação, se o julgador sentenciante ao analisar as circunstâncias judiciais, fixou a pena base acima do mínimo legal, expressando de forma correta os motivos para formação de sua convicção, assim dispondo:

> "Quanto ao acusado Bruno Rocha Colares – **Culpabilidade:** resulta desfavorável, uma vez que o réu possuía, ao tempo dos fatos, a potencial consciência da ilicitude, sendo-lhe exigida conduta diversa da que teve. **Antecedentes:** resulta desfavorável, uma vez que o acusado registra antecedentes criminais, conforme certidões de fls. 226/231. **Conduta social**: não esclarecida. **Personalidade:** não esclarecida. **Motivos:** desfavorável – o desejo de auferir lucro fácil sem o salutar sacrifício para o trabalho. **Circunstâncias:** resulta desfavorável, pois inerentes à espécie: o planejamento e a subtração. **Consequências:** normais para o delito. **Comportamento da vítima:** resulta desfavorável, pois a vítima em nada contribuiu para a prática delitiva. (...)
> Para o acusado **Bruno Rocha Colares** em 07 (sete) anos e 09 (nove) meses de reclusão e multa de 12 (doze) dias-multa, na base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época do crime o dia-multa pelo crime de roubo e em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão e 05 (cinco) dias multa, na base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época do criem o dia-multa pelo crime de quadrilha ou bando;
> (...) Não existem circunstâncias atenuantes ou agravantes aplicáveis ao réu Bruno Rocha.
> No mesmo sentido, não existem causas especiais de diminuição da pena aplicáveis ao caso em favor do réu Bruno Rocha.
> Restou caracterizada na ação delitiva as causas especiais de aumento de pena capituladas no parágrafo 2º, incisos I e II, do art. 157 do CPB, motivo este pelo qual aumento a pena na proporção de 2/5 (dois quintos).
> Tendo em vista o crime de formação de quadrilha ou bando ter sido de forma armada, reconheço a causa especial de aumento de pena capitulada no parágrafo único do artigo 288 do CPB, motivo este pelo qual aumento a pena do acusado Bruno Rocha em dobro.
> Dessa forma, determino a pena definitiva do acusado Bruno Rocha Colares em 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão e 16 (dezesseis) dias multa pelo crime de roubo. Uma vez que a pena cominada ao acusado ultrapassou a pena máxima, determino que o mesmo deverá cumprir quanto da execução da pena, o máximo de 10 (dez) anos de reclusão. E quanto ao crime de formação de bando ou quadrilha a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 10 (dez) dias multa.
> **Em sendo aplicável a regra disciplinada pelo artigo 69 do Código Penal, fica o réu Bruno Rocha Colares definitivamente condenado à pena de 13 (treze) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão e ao pagamento de 26 (vinte e seis) dias multa. (...)**".

Desta feita, ao contrário dos frágeis e confusos argumentos da defesa, a decisão encontra-se devidamente fundamentada, não havendo que se falar em nulidade processual, tendo o magistrado de piso analisado, de forma escorreita e fundamentada, as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, bem como seguido de forma técnica a aplicação trifásica da reprimenda.

Entretanto, em relação ao *quantum* da pena, deixo para analisá-lo oportunamente.

Portanto, **rejeito** a preliminar arguida.

Agora, ao mérito.

VOTO-MÉRITO

Narra a denúncia que, no dia 07.12.2007, por volta das 19:30 horas, o jornalista Apolônio Aguiar de Moura Ferreira Gomes, encontrava-se no repouso de sua residência, em companhia de sua mulher e um filho, quando repentinamente o sossego foi quebrado com a presença dos denunciados e um quinto elemento não identificado, os quais, armado com um rifle, invadiram a casa e anunciaram um assalto.

Imediatamente os moradores foram obrigados a deitar no chão, ao mesmo tempo em que os infratores passaram a vasculhar os cômodos do imóvel, ao final roubando vários objetos de valor, entre eles um relógio de pulso da marca Casio, duas alianças de ouro, uma filmadora da marca Sony HC 21, uma câmera Sony W70, três carregadores de bateria, um aparelho de telefone celular e uma certa quantia em dinheiro.

Passo a análise dos recursos conjuntamente.

Sustenta a defesa de José Auriberto Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva que a condenação dos mesmos foi baseada somente no depoimento das vítimas, as quais tinham o intuito de incriminá-los, bem como aduziu que a pena aplicada foi bastante exacerbada, pretendendo, por fim, a reforma da sentença para que seja aplicada aos réus, uma pena condizente com a participação dos mesmos no delito em questão, tendo em vista que não houve uma produção de provas necessária e inconteste que comprovassem a culpabilidade dos apelantes.

A defesa de Bruno Rocha Colares, pugnou pela absolvição do mesmo nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Por sua vez, a defesa de Michel Nóbrega Gomes, requereu a absolvição do apelante, sustentando que a ação penal foi baseada em um flagrante forjado pelo pai da criança.

Pois bem.

A materialidade encontra-se devidamente demonstrada nos autos.

Lado outro, no que concerne à autoria, não obstante a negativa dos réus, esta se mostra inquestionavelmente comprovada através do contexto probatório, tendo os réus, assim afirmado:

José Auriberto Moraes e Silva (fls. 198/199):

> "...não é verdadeira a imputação que lhe faz a denúncia; Que no dia e hora dos fatos narrados na denúncia o interrogando estava assistindo aula no colégio Audacir Barbosa, localizado no Conj. Alvorada (...) Que não sabe informar o motivo pelo que as vítimas reconheceram o interrogando, Paulo César e Bruno como sendo os autores do assalto que trata a denúncia;(...)".

Na fase policial, o mesmo confessou haver praticado o delito em questão, juntamente com Bruno e Paulo Cézar, narrando com riqueza de detalhes como o fato ocorreu (fls. 93/94).

Bruno Rocha Colares, mencionou em juízo que (fls. 200/201):

> "...não é verdadeira a imputação que lhe faz a denúncia; Que no dia e hora dos fatos narrados na denúncia o interrogando estava na Faculdade assistindo aula (...) Que não sabe informar o motivo pelo qual as vítimas reconheceram o interrogando como um dos autores do assalto(...) Que nunca participou de nenhum roubo...".

Paulo Cézar Alves da Silva, relatou em juízo que (fls. 211/212):

> "...não é verdadeira a denúncia feita contra a sua pessoa; que no dia do fato encontrava-se no Colégio Aldaci Barbosa;(...) que reconhece a arma cuja fotografia encontra-se à fl. 16 dos autos. A qual foi encontrada pelo interrogando e seu amigo Auriberto em um matagal próximo à lagoa da Uruca; que o interrogando ficou na guarda desta arma; que mencionada arma nunca foi retirada de sua residência (...) que não confirma as declarações em presença da autoridade policial tendo em vista ter sido forçado a assinar sob pena de tortura (...) não sabe informar porque o Auriberto afirmou que o interrogando também participou do crime narrado na denúncia; que não tem inimizade com o Bruno também não sabendo dizer porque este também lhe acusou de ter participado do crime...".

Na fase policial, o acusado confessou a prática do crime, juntamente com José Auriberto e Bruno.

Michel Nóbrega Gomes, afirmou em juízo que (fl. 213):

> "...não é verdadeira a acusação que lhe é feita; que na época do fato narrado na denúncia o interrogando se encontrava em seu local de trabalho; que dos acusados o interrogando só conhece Paulo Cezar; que os dois outros acusados os conheceu no presídio, época em que se encontrava preso sob a acusação de receptação (...) na casa em que alugou realmente foram encontrados objetos das vítimas (...) não sabe porque o acusado Bruno imputou ao interrogando a qualidade de receptor da quadrilha, informando o interrogando que é porque os objetos foram encontrados na casa alugada pelo interrogando...".

Entretanto, as versões apresentadas pelos réus, em juízo, não merecem qualquer credibilidade, vez que estão inteiramente isoladas e inverossímeis diante das provas colhidas ao longo da instrução, senão vejamos:

A vítima, Apolônio Aguiar de Moura Ferreira Gomes, declarou em juízo que (fls. 192/194):

> "...por volta das 19:30 hs o declarante escutou sua mulher alarmar que estava ocorrendo um assalto na residência do casal e de imediato o declarante foi até a sala já encontrou o acusado José Auriberto portando um rifle e apontando a referida arma na direção de sua mulher e do filho do casal;

> (...) Que José Auriberto mandou que o declarante e sua mulher ficassem agachados e perguntou se havia alguma arma de fogo na casa, tendo o declarante respondido negativamente; Que neste momento os comparsas de José Auriberto entraram na residência e passaram a vasculhar a casa atrás dos bens que pretendiam subtrair; Que José Auriberto permaneceu na sala apontando a arma em direção ao declarante a sua mulher e ao filho do casal; Que os outros 03 passaram a vasculhar os cômodos da casa, enquanto um quinto elemento permaneceu na varanda da residência dando cobertura; Que o declarante reconheceu o quinto elemento como sendo o acusado Bruno; Que o declarante também reconheceu o acusado Paulo César como um dos roubadores que entrou na casa para arrecadar os objetos subtraídos; Que os outros dois roubadores aparentavam ser bem jovens e o declarante não teve a oportunidade de reconhecê-los na delegacia(...)Que posteriormente o declarante e sua mulher leram uma reportagem policial noticiando a prisão dos acusados José Auriberto e Paulo Cesar, os quais foram prontamente reconhecidos como dois dos assaltantes que entraram na residência do casal; (...) o declarante viu uma reportagem televisiva em que aparecia o acusado Bruno e não teve nenhuma dúvida em reconhecê-lo como o indivíduo que permaneceu na varanda de sua residência, dando cobertura a ação delituosa...".

A vítima, Djane Nogueira Lopes, declarou que (fls. 195/197):

> "...a declarante visualizou o acusado José Auriberto com um rifle apontado em sua direção; Que a declarante ficou assustada e alarmou seu marido, tendo o mesmo corrido em direção ao cômodo onde se encontrava(...) Que nesse instante surgiram dois outros indivíduos na sala; (...)Que a declarante viu apenas um dos assaltantes utilizar a arma de fogo, ou seja o José Auriberto, que portava um rifle(...) nesta reportagem foi veiculado a imagem dos acusados José Auriberto e Paulo Cezar, os quais foram prontamente reconhecidos pela declarante e seu marido como integrantes da quadrilha que praticou o roubo na casa deles(...) Que a declarante viu a arma de fl. 16 e não teve qualquer dúvida em reconhecê-la como sendo a utilizada pelo acusado José Auriberto(...) na delegacia a declarante também reconheceu o acusado Paulo César (...)Que o marido da declarante reconheceu o acusado Bruno como um dos assaltantes, principalmente porque o mesmo tem o porte físico diferenciado dos demais roubadores e também porque o mesmo tem uma tatuagem no braço e o marido da declarante visualizou este sinal característico no momento do assalto...".

Com efeito, é de se ressaltar que, nos delitos praticados na clandestinidade, como o de roubo, a palavra da vítima tem bastante relevância, como na hipótese.

Nesse sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - **ROUBO MAJORADO** - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALDADE COMPROVADAS - **RELEVÂNCIA DA PALAVRA DAS VÍTIMAS** - PROVA TESTEMUNHAL - COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL - NÃO

> COMPROVAÇÃO - TENTATIVA - INOCORRÊNCIA - INVERSÃO DA POSSE DOS BENS - PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - NÃO CONFIGURAÇÃO - CONDENAÇÃO MANTIDA. **- A palavra da vítima nos crimes patrimoniais, geralmente praticados na clandestinidade, assume relevante valor probatório, mormente quando em consonância com as outras provas dos autos.** - Havendo nos autos elementos suficientes para se imputar ao acusado a autoria dos crimes de roubo majorado, praticados em concurso formal, a manutenção da condenação é medida que se impõe. - Não tendo a alegação de ocorrência de coação moral irresistível sido acompanhada de mínimo suporte probatório, não havendo nos autos nenhum elemento que, ao menos sugerisse que o apelante tivesse sido submetido a esta condição, não há que se falar em aplicação do art. 22, do CPB. - Se a atuação do agente foi de fundamental importância para o sucesso da empreitada criminosa, revela-se a hipótese verdadeira de co-autoria, e não participação de menor importância. - Tem-se o delito de roubo consumado, quando, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ocorre a inversão da posse, perdendo o ofendido o controle de disposição dos bens subtraídos, ainda que por breve lapso temporal, sendo prescindível a posse mansa e pacífica do objeto subtraído. (Apelação Criminal 1.0024.11.213285-7/001, Rel. Des.(a) Agostinho Gomes de Azevedo, 7ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 31/01/2013, publicação da súmula em 08/02/2013)(grifei).

No que pertine à participação do réu Michel Nóbrega Gomes, a ligação dele com os demais integrantes da quadrilha, restou demonstrada nos autos através de interceptação telefônica devidamente autorizada, quando os integrantes do bando combinavam a prática de outros delitos da mesma natureza e a forma como ocorreria tal delito.

Ademais, é de se levar em conta que o apelante Bruno Rocha Colares às fls. 79/80, afirmou que Michel era o receptador da quadrilha, pois sua ligação seria unicamente de passar para o mesmo, os objetos produtos do roubo e Michel se encarrega de vender.

Além disto, como bem afirmou o julgador sentenciante (fl. 278):

> "Vale ressaltar que segundo entendimento hodiernamente predominante tal prova, de caráter eminentemente técnico realizada durante a fase de inquérito policial, é utilizada como prova de valor similar às colhidas em juízo, sobretudo pela isenção e profissionalismo atribuídos aos peritos."

Contudo, como se percebe, resta induvidosa a participação dos apelantes na empreitada criminosa, não havendo, assim, como acolher o pleito de absolvição requerido pelos mesmos, tendo em vista as declarações prestadas pelas vítimas, as quais possuem bastante relevância, vez que estão em harmonia com as demais provas constantes nos autos.

Portanto, é de se reconhecer que as versões apresentadas pelos réus não merecem crédito, vez que dissociadas das demais provas constantes nos autos.

Por sua vez, não há como acolher a pretensão de reconhecimento de participação de menor importância requerida pelos apelantes José Auriberto Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva, vez que tal participação, causa redutora da reprimenda, somente tem aplicação quando, efetivamente, evidenciada a contribuição insignificante ou mínima do partícipe na realização do intento delituoso, ou seja, uma leve eficiência causal, o que não se verificou no caso em questão, conforme contexto probatório constante dos autos.

Na hipótese, restou demonstrado que os réus praticaram o delito em concurso com os demais agentes, tendo participação efetiva no crime em questão, ou seja, suas condutas foram de fundamental importância para a consecução da empreitada criminosa.

Assim, constatado que a conduta dos réus não se resumiu a mera participação, já que contribuíram de modo pleno e eficaz para a consecução do delito, posto ser esse o entendimento pacífico da jurisprudência de que "quem contribui de modo pleno e eficaz para a consecução do delito, responde pela sua prática", não há como se vislumbrar a aplicação de tal tese.

Neste sentido é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - FURTOS QUALIFICADOS - DESCLASSIFICAÇÃO FAVORECIMENTO REAL - IMPOSSIBILIDADE - DECOTE DAS QUALIFICADORAS DE ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO E DO CONCURSO DE PESSOAS - INADMISSIBILIDADE - ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA - PREJUDICIALIDADE - **PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA - INADMISSIBILIDADE -** CONCURSO MATERIAL - INOCORRÊNCIA - HIPÓTESE DE CONTINUIDADE DELITIVA - ISENÇÃO DE CUSTAS - ADMISSIBILIDADE - RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1- Concluindo-se, inequivocadamente, que o apelante foi um dos autores da subtração dos objetos, é de rigor a confirmação de sua condenação pelo delito de furto qualificado, ficando, por conseguinte, prejudicado o pedido de desclassificação para o crime de favorecimento real. 2- Restando devidamente comprovada nos autos a presença da qualificadora do concurso de pessoas, não há que se falar em seu decote. 3- Da mesma forma, não há que se falar em decote da qualificadora de rompimento de obstáculo quando devidamente comprovada pelo laudo pericial. Ademais, a simples ausência do laudo pericial, quando cabalmente comprovada por outras provas, sejam elas documentais ou testemunhais, a destruição ou rompimento de obstáculo para a subtração da coisa, não implica no decote da respectiva qualificadora, sob pena de se estabelecer uma hierarquia entre provas não prevista em lei, contribuindo, ainda, para situações de impunidade. **4- A incidência da causa de diminuição prevista no §1º, do**

> **artigo 29, do Código Penal, só é possível quando demonstrado que o partícipe pouco tomou parte na prática criminosa, tendo colaborado de forma mínima para o delito, não se aplicando àquele que participou ativamente dos fatos, conforme ocorre na espécie.** 5- Reconhecida a atenuante da confissão espontânea na r. sentença hostilizada, resta prejudicado o pedido defensivo neste sentido. 6- Se as condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelha ntes indicam seguramente que os roubos foram praticados em continuidade delitiva, deve ser afastado o concurso material de crimes, aplicando-se a regra contida no artigo 71 do Código Penal. 7- Tratando-se de réu pobre no sentido legal, estando, inclusive, assistido pela operosa Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais, deve ser dispensado do pagamento das custas processuais, ex vi do citado artigo 10, inciso II, da Lei Estadual nº 14.939/03. (Apelação Criminal 1.0056.04.076847-7/002, Rel. Des.(a) Eduardo Machado, 5ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 22/01/2013, publicação da súmula em 28/01/2013)(grifei).
>
> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. **IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA.** MANUTENÇÃO DA PENA. VEDAÇÃO DA "REFORMATIO IN PEJUS". ISENÇÃO DE CUSTAS. - Comprovadas a autoria e a materialidade do crime de roubo majorado a condenação do réu é medida que se impõe. - O depoimento da vítima deve ser primordialmente valorado nos crimes contra o patrimônio, sob pena de se perpetrar a impunidade do agente. - **Nos termos do art. 29, §1o, do Código Penal, "se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço". Não tendo a defesa se desincumbido sequer do ônus de elidir as provas que imputam ao agente a autoria do crime, não há que se cogitar a participação de menor valia de sua conduta.** - Devidamente analisadas as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, prudente é a manutenção da pena fixada. - A pena de multa deve guardar correlação com a pena privativa de liberdade imposta ao condenado, todavia, vedada é a reformatio in pejus. - Cabe isentar do pagamento das custas processuais o réu assistido pela Defensoria Pública, ou por quem lhe fizer as vezes, com base no art. 10 da Lei no 14.939/2003. (Apelação Criminal 1.0287.05.023495-7/001, Rel. Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 17/01/2013, publicação da súmula em 28/01/2013)(grifei).

Portanto, não há como acolher a tese de menor participação pretendida pelos apelantes José Auriberto Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva.

Ademais, ressalto que o crime de quadrilha ou bando, restou devidamente configurado, vez que há nos autos provas de que os réus se associavam para a prática de delitos e, acerca do assunto, leciona Guilherme de Souza Nucci:

> "...o elemento subjetivo específico é exigido neste tipo penal, devendo

> configurar-se como a vontade de realizar crimes determinados, e não o singelo agrupamento de pessoas que não tem a menor noção do que irão fazer. Por outro lado, para se concretizarem a estabilidade e a permanência, devem os integrantes do bando pretender realizar mais de um delito. Não fosse assim e tratar-se-ia de mero concurso de agentes.(...)"[1].

Desta forma, ao contrário dos frágeis argumentos da defesa, entendo haver provas suficientes a sustentar a condenação dos recorrentes, uma vez que o conjunto probatório revela a participação efetiva e dolosa dos mesmos no fato delituoso, tendo sido as condenações baseadas em provas contidas nos autos, obtidas sob o crivo do contraditório, não tendo os apelantes trazido um elemento sequer a sustentar a versão de inocência, não se desincumbindo do ônus que lhes competia e, assim, devem ser mantidas as condenações aos réus JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA, PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA e BRUNO ROCHA COLARES nas penas do art. 157, §2º, I e II, e art. 288, parágrafo único, todos do CP e, para o réu MICHEL NÓBREGA GOMES, as penas do art. 180, *caput,* e art. 288, parágrafo único, todos do CP.

Quanto à dosimetria da pena, arguiu a defesa de José Auriberto Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva, a exacerbação da pena privativa de liberdade aplicada aos mesmos, o que, a meu ver, razão assiste lhe assiste.

Entretanto, muito embora não tenha sido objeto da pretensão recursal dos demais recorrentes, entendo, que a pena deve ser revista de ofício em relação aos réus Bruno Rocha Colares e Michel Nóbrega Gomes.

É que, não obstante tenha o magistrado de piso analisado, de forma escorreita, as circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, bem como seguido de forma técnica a aplicação trifásica da reprimenda, discordo do seu entendimento em relação aos antecedentes dos réus, vez que considerado desfavoráveis a todos eles, bem como ao *quantum* da pena base aplicada aos mesmos, por entendê-lo demasiadamente exacerbado.

Quanto aos antecedentes, de acordo com a Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade.

Nesse sentido são os julgados do Superior Tribunal de Justiça:

> HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE ROUBO. DOSIMETRIA DA PENA. PERSONALIDADE VOLTADA PARA A PRÁTICA DE CRIMES. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO TRANSITADA

1 CÓDIGO PENAL COMENTADO. Nucci, Guilherme de Souz, 11. Ed, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012, págs:1082/1083

EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 444 DESTA CORTE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDO.

1. Inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a pena-base, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção de não culpabilidade. Incidência do enunciado n.º 444 da Súmula desta Corte.

2 a 4. *omissis*

5. Habeas corpus parcialmente concedido para, mantida a condenação, reformar o acórdão combatido e a sentença condenatória, na parte relativa à dosimetria da pena, reduzindo a pena do Paciente para 04 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 10 dias-multa.

(HC 185.922/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2012, DJe 26/06/2012)(grifei).

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. DOSIMETRIA DA PENA. DECRETO CONDENATÓRIO TRANSITADO EM JULGADO. IMPETRAÇÃO QUE DEVE SER COMPREENDIDA DENTRO DOS LIMITES RECURSAIS. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INADEQUADA. PERSONALIDADE DO AGENTE E MOTIVOS DO CRIME. REFERÊNCIAS GENÉRICAS. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. ELEMENTO INERENTE AOS DELITOS CONTRA O PATRIMÔNIO. PACIENTE QUE RESPONDE A PROCESSO EM ANDAMENTO. SÚMULA N.º 444/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. OCORRÊNCIA. PREPONDERÂNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA SOBRE A CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ARTIGO 67 DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA DE FOGO. PRESCINDIBILIDADE. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ARTIGO 33 DO CÓDIGO REPRESSIVO. REINCIDÊNCIA E PENA SUPERIOR A 4 ANOS. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

I. a IV- *omissis*

V. Hipótese na qual o Magistrado singular reputou desfavoráveis a personalidade, voltada ao cometimento de crimes, e os motivos, tendo majorado a pena base em 06 meses de reclusão. Contudo, tais circunstâncias não se encontram vinculadas a fatores concretos, que as conectem à hipótese dos autos, tendo sido indevidamente citadas de modo genérico.

VI. O enriquecimento ilícito é inerente a todo tipo penal que protege o patrimônio, não podendo ser considerado para o fim de majorar a pena base se destituído de outros elementos subjetivos, extraídos da instrução processual. Precedente.

VII. **A jurisprudência desta Corte entende que inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social e nem personalidade desajustada, em obediência ao princípio da presunção de inocência. Incidência da Súmula n.º 444/**

> **STJ.**
> VIII a XI - *omissis*
> XII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do Relator.
> (HC 213.307/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 08/03/2012) (grifei).

Na hipótese, analisando as certidões criminais de fls.215/236, verifica-se não haver condenação transitada em julgado anterior ao fato, para nenhum dos recorrentes e, assim, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes.

Porém, como o magistrado considerou algumas das circunstâncias do art. 59 do Código Penal desfavoráveis aos réus, a pena não pode ser estabelecida no mínimo legal.

Eis o entendimento jurisprudencial acerca do assunto:

> Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTS. 33 E 35 DA LEI N. 11/343/2006) PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS ASSOCIADAS AO CONTEXTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME NA VIA ESTREITA DO WRIT CONSTITUCIONAL. 1. O habeas corpus não é o meio processual adequado ao reexame de circunstâncias judiciais justificadoras da fixação da pena-base acima do mínimo legal. Precedentes: HHCC 100.952, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 31/5/11, e 94.847, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ de 26/9/09). 2. **A presença de apenas uma das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal já é motivo suficiente para que a pena-base não seja fixada no mínimo legal (HC 76.196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ de 29/9/98).** 3-5. *Omissis.* 6. Ordem denegada. (HC 107719, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 13/12/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-032 DIVULG 13-02-2012 PUBLIC 14-02-2012) (Grifei).

Por outro lado, entendo, *data venia,* que apesar de existirem circunstâncias judiciais desfavoráveis aos réus, isso não significa estabelecer a pena base muito acima do patamar mínimo, exacerbando-a de forma excessiva, sob pena de malferir os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

Portanto, ante tais considerações, entendo que a pena privativa de liberdade deve ser revista, todavia, acho desnecessária uma nova análise das circunstâncias judiciais em relação aos apelantes, vez que devidamente analisadas pelo julgador singular, excetuando os antecedentes, que são favoráveis a todos eles.

Assim, fixo a pena base para o réu JOSÉ AURIBERTO MORAES E SILVA em 05 (cinco) anos de reclusão **em relação ao crime de roubo** e, 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, em relação ao **delito de quadrilha ou bando.**

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes, porém, mantenho a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), razão pela qual diminuo a pena em 06 (seis) meses para o delito de roubo, ficando a reprimenda estabelecida para este crime em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses. Da mesma forma, diminuo a reprimenda em 03 (três) meses, em relação ao delito de quadrilha ou bando, ficando a reprimenda estabelecida em 01 (um) ano de reclusão.

Na terceira fase do crime de roubo, para proceder o aumento da reprimenda acima do mínimo legal, ou seja, de um terço, não se apura o número de majorantes, mas a intensidade da gravidade que encerram as respectivas situações de fato que as justificam, como o calibre da arma utilizada, ou a quantidade de armas e o número de agentes, bem como o tempo e circunstâncias do cerceamento de liberdade das vítimas, devendo, assim, o julgador fundamentar concretamente, o que na hipótese não ocorreu.

Com efeito, à respeito do assunto, dispõe a Súmula nº 443 do STJ:

> "o aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes".

Eis o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

> PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 288, PARÁGRAFO ÚNICO E ART. 180, CAPUT, AMBOS DO CP. CONCURSO MATERIAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINTA A PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO A ESSES CRIMES. ROUBO MAJORADO. INÉPCIA DA DENÚNCIA ALEGADA ANTES DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INOCORRÊNCIA DE PRECLUSÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. SÚMULA N° 7/STJ. MAJORANTE DO CRIME DE ROUBO E CRIME DE QUADRILHA ARMADA. TESE DE BIS IN IDEM. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL VIOLADO. SÚMULA N° 284/STJ. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. AUMENTO DA PENA PELA INCIDÊNCIA DE QUATRO MAJORANTES. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 443/STJ.
> I a VIII - *omissis*
> IX - **Tendo em vista o disposto no parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 2º do art. 157, ambos do CP, o aumento de pena, acima do patamar mínimo, pela ocorrência de duas majorantes específicas, deve ser motivado não apenas pela simples constatação da existência das mesmas, como o foi na espécie, mas sim com base nos dados concretos em que se evidenciou o fato criminoso (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).**
> **X - "O aumento na terceira fase de aplicação da pena no crime de roubo circunstanciado exige fundamentação concreta, não sendo suficiente para a sua exasperação a mera indicação do número de majorantes" (Enunciado da Súmula n.º 443/STJ).**

> Extinta a punibilidade, de ofício, em relação aos crimes aos crimes tipificados no art. 288, parágrafo único e art. 180, caput, ambos do CP. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, parcialmente provido.
> (REsp 1178348/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/09/2010, DJe 04/10/2010) (grifei).

Desta feita, em face da presença das majorantes descritas nos incisos I e II, do §2º, do art. 157, do CP, aumento a pena em apenas 1/3 (um terço), ficando a pena definitiva em 06 (seis) anos de reclusão para o crime de roubo.

Quanto ao delito de formação de quadrilha, considerando a causa especial de aumento de pena, descrita no parágrafo único do art. 288, do CP, mantenho o aumento em dobro para a reprimenda, ficando definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Aplicando-se a regra do art. 69 do CP, torno a pena definitiva para o apelante JOSÉ AURIBERTO MORAIS E SILVA, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Para o apelante, PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, fixo a pena base em 05 (cinco) anos de reclusão em relação ao crime de roubo e, 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão, em relação ao delito de quadrilha ou bando.

Na segunda fase, não há circunstâncias agravantes, porém, mantenho a atenuante da menoridade (art. 65, I, do CP), razão pela qual diminuo a pena em 06 (seis) meses para o delito de roubo, ficando a reprimenda estabelecida para este crime em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses. Da mesma forma, diminuo a reprimenda em 03 (três) meses, em relação ao delito de quadrilha ou bando, ficando a reprimenda estabelecida em 01 (um) ano de reclusão.

Na terceira fase do crime de roubo, considerando também a ausência de fundamentação nesta fase (Súmula nº 443, do STJ) e, em face da presença das majorantes descritas nos incisos I e II, do §2º, do art. 157, do CP, aumento a reprimenda em apenas 1/3 (um terço), ficando a pena definitiva em 06 (seis) anos de reclusão para o crime de roubo.

Quanto ao delito de formação de quadrilha, considerando a causa especial de aumento de pena, descrita no parágrafo único do art. 288, do CP, mantenho o aumento em dobro para a reprimenda, ficando definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Aplicando-se a regra do art. 69 do CP, torno a pena definitiva para o apelante PAULO CÉZAR ALVES DA SILVA, em 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Em relação ao apelante BRUNO ROCHA COLARES, fixo a pena base para o crime de roubo em 04(quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e, 01 (um) ano para o delito de quadrilha ou bando.

Não há circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase do crime de roubo, considerando também a ausência de fundamentação nesta fase (Súmula nº 443, do STJ) e, em face da presença das majorantes descritas nos incisos I e II, do §2º, do art. 157, do CP, aumento a reprimenda em apenas 1/3 (um terço), ficando a pena definitiva em 06 (seis) anos de reclusão para o crime de roubo.

Quanto ao delito de formação de quadrilha, considerando a causa especial de aumento de pena, descrita no parágrafo único do art. 288, do CP, mantenho o aumento em dobro para a reprimenda, ficando definitiva em 02 (dois) anos de reclusão.

Aplicando-se a regra do art. 69 do CP, torno a pena definitiva para o apelante BRUNO ROCHA COLARES, em 08 (oito) anos de reclusão.

Em relação ao apelante MICHEL NÓBREGA GOMES, fixo a pena base para o crime de receptação em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão, o que torno definitiva neste patamar, ante a ausência de outras circunstâncias que possam modificar o seu *quantum.*

Quanto ao delito de quadrilha ou bando, fixo a pena base em 01 (um) ano de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes e agravantes, nem causa especial de diminuição, porém, mantenho a causa especial de aumento, em face do crime de quadrilha ou bando ter sido de forma armada e, assim, majoro a reprimenda em dobro, ficando a pena estabelecida de forma definitiva para este crime em 02 (dois) anos de reclusão.

Aplicando-se a regra do art. 69 do CP, torno a pena definitiva para o apelante MICHEL NÓBREGA GOMES, em 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Mantenho a pena de multa fixada em primeiro grau para todos os apelantes.

Em relação ao regime de cumprimento da pena corporal, mantenho o entendimento esposado pelo julgador singular, em relação aos recorrentes, José Auriberto Moraes e Silva, Paulo Cézar Alves da Silva, qual seja, o inicialmente fechado.

Quanto ao recorrente Bruno Rocha Colares, modifico de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena corporal para o semiaberto, considerando o quantum da pena fixado e por não ser o réu reincidente, nos termos do art. 33, §2º, "b", do CP.

Do mesmo modo, em relação ao apelante Michel Nóbrega Gomes, modifico o regime para o aberto, considerando o *quantum* da pena fixado e por não ser o réu reincidente, nos termos do art. 33, §2º, "c", do CP.

Deixo de substituir a pena corporal em relação a este réu, por considerar que o mesmo não preenche os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal.

EM FACE DO EXPOSTO, em dissonância com o parecer ministerial, conheço dos recursos, para dar parcial provimento aos apelos de José Auriberto

Moraes e Silva e Paulo Cézar Alves da Silva, no sentido de reduzir a pena privativa de liberdade aplicada aos mesmos para 08 (oito) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e negar provimento aos apelos de Bruno Rocha Colares e Michel Nóbrega Gomes, porém, de ofício, reduzir a pena privativa de liberdade aplicada a Bruno Rocha Colares para 08 (oito) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime semiaberto e ao Michel Nóbrega Gomes, para 03 (três) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida em regime aberto, mantendo, no mais, o restante da sentença recorrida nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 30 de abril de 2013.

Habeas Corpus

PROCESSO: 0001028-10.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: ANTÔNIO FERREIRA MENDES (OAB/CE 4283)
PACIENTE: FRANCISCO ARISTEU CAMELO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE NOVA RUSSAS
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. PACIENTE BENEFICIADO COM PROGRESSÃO DE REGIME PARA O ABERTO. COMETIMENTO DE FALTA GRAVE. REGRESSÃO DE REGIME. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA.

01- Correta a decisão do Juiz Singular que determinou a regressão do apenado ao regime fechado, tendo em vista a constatação da ocorrência de falta grave, consistente na prática de outro crime. (art. 118, inciso I, da LEP).

02 - O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida na Lei de Execuções Penais.

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.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de **habeas corpus** com pedido de liminar, impetrado por Antônio Ferreira Mendes, em favor de Francisco Aristeu Camelo.

Alega, em síntese, que o paciente encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, em virtude de decisão do Juiz "a quo" que regrediu o seu regime prisional do aberto para o fechado, sem dar oportunidade de defesa ao mesmo.

Informações prestadas às fls. 42/45, a douta PGJ manifestou-se pelo não conhecimento da ordem impetrada.

É o relatório.

VOTO

A ordem requestada pelo presente *mandamus* não deve alcançar o pretendido deferimento, à míngua de suporte legal e fático suficiente para tal.

O impetrante requer a liberdade do paciente sob o argumento de que está sofrendo constrangimento ilegal, em virtude da decisão do douto Juiz Singular da 1ª Vara da Comarca de Nova Russas, ter regredido o seu regime prisional do aberto para o fechado, sem dar oportunidade de defesa ao mesmo.

De início, ao compulsar os autos, verifica-se que a autoridade coatora decretou a regressão de regime do paciente para o fechado, em virtude do mesmo ter cometido outro crime, quando gozava do regime aberto.

Diante disso cometeu falta disciplinar de natureza grave, na forma do art. 52 da Lei de Execuções Penais.

De acordo com o disposto no inciso I do artigo 118 da Lei de Execuções Penais, a execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, **com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos,** quando o condenado praticar fato definido como crime doloso ou **falta grave,** senão vejamos:

> "Art. 118 - A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:
> I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave."

Vê-se, assim que, para a regressão não é necessário a observância da forma progressiva para o cumprimento da pena, cabendo ao Juiz, em cada caso, avaliar o regime mais gravoso adequado para a falta cometida.

Sobre o tema, leciona Júlio Fabbrini Mirabete, "Referindo-se a lei a transferência para 'qualquer regime mais rigoroso', possibilita regressão do regime aberto diretamente para o fechado. Cabe ao Juiz examinando a causa de regressão, determinar para qual regime será transferido o condenado que se encontra em prisão albergue ou domiciliar" (in Execução Penal, 9ª ed., Atlas, p. 397).

Nesse sentido, cito Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSUAL PENAL - RECURSO ESPECIAL - ART. 157, § 2º, I E II E ART. 180 DO CÓDIGO PENAL - EXECUÇÃO PENAL - REGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL - FALTA GRAVE - REGRESSÃO PER SALTUM.
> **O art. 118, inciso I, da Lei de Execução Penal estabelece que o apenado ficará sujeito à transferência para qualquer dos regimes mais gravosos quando praticar fato definido como crime doloso ou falta grave, não havendo que se observar a forma progressiva estabelecida no art. da Lei de Execuções Penais"**
> (REsp 708667/RS; Ministro Félix Fischer; DJ 26/09/2.005, p. 449).

Vale ressaltar ainda, que nas informações prestadas pela suposta autoridade coatora, o mesmo informa que a regressão só foi deferida após audiência de justificação, que ouviu o paciente sobre o cometimento do outro crime, o que não condiz com o alegado pela defesa de que o mesmo não fora sequer ouvido.

Assim sendo, e ao contrário do que sustenta o Impetrante, a regressão do regime é medida que se impõem, especialmente porque a execução penal tem por objetivo a ressocialização do re-educando estruturada dentro de um sistema de disciplina e responsabilidade.

Nesse contexto, verifica-se que não há constrangimento ilegal a ser sanado pela via do *writ,* uma vez que constatada a ocorrência de falta grave.

Portanto, à luz do que dos autos consta, **denega-se a ordem**.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

PROCESSO: 0001100-94.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: AULAN APRÍGIO DE SOUZA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO EM FLAGRANTE – SENTENÇA CONDENATÓRIA – ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL – NEGATIVA DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE, PACIENTE PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO – SENTENÇA FUNDAMENTADA QUANTO AO SEU INDEFERIMENTO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1.O paciente foi denunciado e condenado pela prática do crime previsto no art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa.

2.Com o advento da sentença condenatória recorrível foi negado ao paciente o direito de recorrer em liberdade em razão da subsistência das razões de cautela, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

3.O paciente foi preso preventivamente e permaneceu segregado durante toda a instrução criminal.

4.Ressalte-se que embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a dois outros processos pela prática de roubo e formação de quadrilha.

5.Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de **AULAN APRÍGIO DE SOUZA**, pela prática do art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Quixadá/CE.

Alega o impetrante em síntese, que o paciente foi processado e julgado perante o Juízo impetrado, restando condenado a pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa e que na sentença penal lhe foi negado o direito de recorrer em liberdade; configurando, na sua ótica, constrangimento ilegal.

Concluiu requerendo em sede de liminar o deferimento da ordem, ou seja, a revogação do decreto preventivo e no mérito a concessão definitiva, para que possa aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Informações da autoridade dita coatora às fls. 83, apontando que o feito teve tramitação regular e justificando a necessidade da manutenção da prisão como garantia da ordem pública.

Liminar indeferida às fls. 79.

Às fls. 85/89, a Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. Conhece-se da ordem, porém para denegá-la.

O pedido do paciente de aguardar em liberdade o julgamento do seu recurso de apelação não merece ser acolhido.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, tem por objetivo restabelecer a liberdade do paciente, sob a argumentação de que sofre constrangimento ilegal decorrente de sentença que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade.

O paciente permaneceu custodiado durante toda a instrução criminal, restando condenado por sentença, como incurso nas sanções do art. 33, c/c art. 40, III da Lei 11.343/2006, à pena de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicialmente fechado e o pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, não tendo lhe sido garantido o direito de recorrer em liberdade, porque inalteradas as condições que determinaram a decretação da prisão cautelar.

O impetrante, irresignado com a negativa do direito de recorrer em liberdade, manejou a presente ação de habeas corpus (fls. 01/09) em que requer a concessão do referido benefício ao paciente.

Em decisão suficientemente fundamentada, o Juízo *a quo* faz expressa menção sobre a necessidade da prisão preventiva do paciente. Com efeito, a presença dos pressupostos da prisão cautelar obsta o direito do apenado aguardar o julgamento do seu recurso em liberdade.

Examinando detidamente a pretensão do impetrante, tem-se que o paciente não faz jus à concessão do benefício pleiteado, porquanto não vislumbra-se qualquer mácula ou falta de fundamentação na decisão que negou-lhe o direito de recorrer em liberdade, haja vista que este permaneceu preso durante toda a instrução, além de subsistirem os requisitos que fundamentaram a prisão preventiva do mesmo ao longo do processo.

Os fundamentos que tornaram necessária a segregação do agente durante a formação de culpa acabaram por se solidificar em virtude da sentença condenatória, pelo que a liberdade do acusado, nesta fase processual, poderia representar mera esquiva do cumprimento da sanção penal.

Além disso, o cometimento desse tipo de crime gera repercussão na comunidade, merecendo, pois, um tratamento diferenciado das autoridades constituídas, como forma de inibir e coibir a sua crescente marcha. Ademais, embora tecnicamente primário, o paciente possui personalidade voltada para o crime, eis que responde a dois outros processos pela prática de roubo e formação de quadrilha.

Nesse sentido, é importante ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento de que "*o* modus operandi*, os motivos, a repercussão social, dentre outras circunstâncias, em crime grave (na espécie, inclusive, hediondo), são indicativos, como garantia da ordem pública, da necessidade de segregação cautelar, dada a afronta a regras elementares de bom convívio social*" (RHC 15.016/SC, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 09/02/2004).

Ressalte-se, ainda, que o paciente permaneceu preso durante todo o processo criminal em razão da presença dos requisitos autorizadores da segregação cautelar, não sendo trazidos aos autos quaisquer elementos que demonstrassem a alteração na situação fática do mesmo, o que, só assim, autorizaria a desconstituição da custódia cautelar.

Nesse sentido, confira-se precedente:

> **EMENTA:** HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA E INDEFERIMENTO DO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRAGIMENTO ILEGAL. PACIENTE QUE RESPONDEU A TODO O PROCESSO SEGREGADA. RESGUARDO DA ORDEM PÚBLICA QUE PERSISTE APÓS A PROLAÇÃO DA CONDENAÇÃO. Habeas corpus denegado.

(Habeas Corpus Nº 70053912119, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 17/04/2013).

Assim, não havendo constrangimento ilegal a ser reparado, entende-se que deve ser mantida a custódia provisória do paciente.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se a presente ordem porém para denegá-la.

Fortaleza, 06 de maio de 2013.

PROCESSO N°: 0132608-03.2012.8.06.0000.
TIPO: HABEAS CORPUS DIGITAL
IMPETRANTE: OSÉAS DE SOUZA RODRIGUES FILHO e ANTÔNIO CAVALCANTE CARNEIRO JUNIOR.
PACIENTE: RAIMUNDO NONATO DA SILVA DUARTE.
IMPETRADO: JUÍZO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SOBRAL/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. INADMISSIBILIDADE DO INSTITUTO PRISIONAL EM FACE DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL VIGENTE (ART. 313, I DO CPP). PENA MÁXIMA EM ABSTRATO COMINADA AO TIPO É IGUAL A (04) ANOS. RESTRIÇÃO LEGAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA.

1. Paciente denunciado por crime, em tese, de porte ilegal de arma de fogo, teve a prisão em flagrante convertida em preventiva. Pede-se a revogação do ergástulo ou substituição desta por outras medidas cautelares, sob o argumento de que a nova legislação processual inadmite o decreto prisional para crimes que possui a pena máxima em abstrato não superior a 04 anos.

2. De fato, a nova legislação processual vigente inadmite o decreto prisional para o tipo penal imputado (cláusula legal objetiva), assim como impõe que só caberá a prisão quando inviável a sua substituição por outra medida cautelar (art. 282, § 6º do CPP).

3. Na vertência, é de se reconhecer que descabe a preventiva decretada em razão da restrição do artigo 313, inciso I do CPP, destacando ainda, que a pena máxima cominada ao crime de porte ilegal de arma é de (04 anos), ou seja, não atinge o limite imposto pelo legislador de forma que resta configurado ilegal a manutenção do ergástulo da paciente.

4. A recente reforma processual penal, trouxe mecanismos eficientes para assegurar a efetividade da instrução criminal que substituem a prisão e que na vertência, por questão de prudência, podem perfeitamente ser aplicada ao caso que se cuida.

5. Constrangimento ilegal evidenciado. Ordem conhecida e concedida, sem o prejuízo da imposição de medidas cautelares, a critério do Juízo natural do feito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus nº. 0132608-03.2012.8.06.0000, impetrado pelos Advogados Oséas de Souza Rodrigues Filho e outro em benefício do paciente Raimundo Nonato da Silva Duarte, contra ato do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em **conhecer** da ordem impetrada e **concedê-la**, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre *habeas corpus* liberatório com pedido de liminar ajuizado pelos Advogados Oséas de Souza Rodrigues Filho e Antônio Cavalcante Carneiro Junior em prol de Raimundo Nonato da Silva Duarte, acoimando ato do Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Sobral/CE. (fls. 27/30).

Alegam os impetrantes em síntese, que o paciente foi preso em flagrante por crime de porte ilegal de arma e que a prisão foi convertida em preventiva, fato que no seu entendimento caracteriza a ilegalidade uma vez que o tipo penal imputado possui pena máxima em abstrato de (04) anos, descabendo portanto a medida prisional, conforme entendimento do art. 313, inciso I do CPP.

Por outro lado, sustentam que o paciente preenche requisitos para a substituição da prisão por outras medidas cautelares.

Concluíram requerendo o acolhimento do pedido liminar com a expedição de alvará de soltura em favor do coacto. No mérito, a concessão definitiva da presente ordem.

Instruindo o pedido vieram os documentos de fls. 01/26 e 31/86.

Liminar indeferida, nos termos da decisão de fls. 91/93.

Informações da autoridade impetrada às fls. 97/98.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça exarou o parecer de folhas 111/112, manifestando-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

Em juízo de admissibilidade, conheço o *writ* pois preenche requisitos legais e porque regularmente instruído.

O presente *habeas corpus*, conforme se depreende do relatório, tem por objetivo o reconhecimento da ilegalidade do decreto preventivo do paciente em face da inadmissibilidade da medida para o crime imputado, em razão da pena máxima cominada ao tipo não ultrapassar o limite de 04 anos.

Dos autos se colhe que o paciente fora denunciado por crime, em tese, de porte ilegal de arma de fogo, sendo que a prisão em flagrante foi convertida em preventiva "levando em conta a contumácia do acusado na prática delituosa, inclusive em crimes de homicídio e estupro" (fl.97).

Muito embora haja notícia de que o paciente esteja envolvido em outros crimes, que tudo indica se tratar de ato infracional cometido quando este era menor de idade, de fato a medida preventiva foi fundamentada no risco da reiteração delituosa.

Todavia, sobre a admissibilidade da prisão preventiva, vejamos o disposto no art. 313 do CPP:

> "Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
> IV - (Revogado pela Lei nº 12.403, de 2011).
> Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011)."

Ora, se o decreto preventivo não foi motivado no inciso II (Condenação anterior por crime doloso), no inciso III (Crime de violência doméstica) ou inciso IV, § único (Dúvida sobre a identidade do paciente), a medida prisional não deve permanecer pois o tipo penal imputado ao réu, não atinge o limite para a sua admissibilidade, essa é a exigência do inciso I do referido dispositivo processual.

As alterações introduzidas na legislação processual, através da lei nº 12.403/2011 com relação a prisão preventiva direcionam-se no sentido de que só será admitida a decretação da prisão preventiva se antes não for possível a sua substituição por outra medida cautelar diversa da prisão. É o que dispõe os artigos 282, § 6º do CPP.

Vejamos:

> "Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:
> (...)
> § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)."

Pelos motivos acima expostos, é forçoso reconhecer que o ergástulo questionado se mostra ilegal em razão da restrição imposta pela lei (cláusula legal objetiva), quanto ao critério quantitativo de pena, para autorizar a prisão preventiva.

Por outro lado, por questão de prudência, nada impede que o Juízo *a quo*, possa aplicar medidas cautelares diversas e necessárias para assegurar a efetividade da instrução criminal.

Por isso, sem delongas, **conheço** da presente ordem, para **concedê-la**, em consonância com o parecer da Douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

PROCESSO N.°: 0132609-85.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: JOÃO FERNANDES SILVA NETO
IMPETRADA: JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE CAUCAIA/CE
PACIENTE: ANTONIO WILSON CLEMENTE DA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. ILEGALIDADE DA CUSTÓDIA CAUTELAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Impossível o conhecimento do *writ* que pretende ver apreciado neste grau de jurisdição, questão não suscitada perante o juízo de primeiro grau.

2. No caso, a tese sustentada pela defesa relativa à ausência de fundamentos para a prisão preventiva não fora pleiteada perante o magistrado singular, razão pela qual esta Corte de Justiça esta impossibilitada de analisar o feito, sob pena de ser caracterizada a supressão de instância. Precedentes deste Tribunal de Justiça e do STJ.

3. *Writ* não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, em NÃO CONHECER ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente ANTONIO WILSON CLEMENTE DA SILVA, contra ato do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi preso no dia 16.12.2012, acusado do cometimento de crime tipificado no art. 129, § 3º, do Código Penal.

Sustenta a ilegalidade da prisão diante da ausência de fundamentação

da referida decisão que converteu a prisão em flagrante em prisão preventiva, sendo possível a substituição da segregação por medida cautelar diversa.

Menciona como condições pessoais favoráveis ao acusado o fato de o mesmo ser primário, com bons antecedentes, além de possuir residência fixa e trabalho lícito, não tendo o acusado resistido à prisão ou à investigação.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da ordem, para colocar o paciente em liberdade e, no mérito, a confirmação da soltura.

Liminar indeferida em 16.01.2013 (fls. 108/109).

Informações da autoridade impetrada em 14.01.2013 (fls. 89/90) e documento acostado à mesma (fls. 91/95).

Parecer da Procuradoria Geral de Justiça em 30.01.2013, opinando pela denegação da ordem (fls. 125/128).

É o relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente ANTONIO WILSON CLEMENTE DA SILVA, contra ato do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi preso no dia 16.12.2012, acusado do cometimento de crime tipificado no art. 129, § 3º, do Código Penal, mas inexistirem os pressupostos autorizadores da prisão preventiva.

Na espécie, não há como ser conhecida a impetração.

Analisando os autos, percebe-se que a tese sustentada pela defesa relativa à ausência de fundamentos para a prisão preventiva não fora pleiteada perante o magistrado singular, sendo, portanto, impossível o conhecimento do *writ* que pretende ver apreciado, neste grau de jurisdição, questão não analisada pela instância de primeiro grau.

Logo, a pretensão do impetrante não comporta o conhecimento, haja vista que sua análise por este órgão colegiado implicaria em hipótese de supressão de instância.

Nesse sentido, são os julgados desta Corte:

> EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. DECRETAÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AUSÊNCIA DE PLEITO DE REVOGAÇÃO DE CUSTÓDIA PREVENTIVA OU DE LIBERDADE PROVISÓRIA NO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ORDEM NÃO CONHECIDA.
> 1. **Conforme informações da autoridade impetrada, a defesa do ora paciente não ajuizou pedido de revogação da prisão preventiva ou de liberdade provisória no juízo de 1º grau, o que inviabiliza o**

conhecimento da alegação de carência de fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, sob pena de indevida supressão de instância.
2. Ordem não conhecida.
(Habeas Corpus nº 22471-56.2009.8.06.0000/0; Relator: Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 14.10.2009). (negritei)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. AUSÊNCIA DE PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA OU DO RELAXAMENTO DA PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR DE AUTORIDADE DE 1º GRAU. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INÉPCIA DA PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO ESPECÍFICA DAS CIRCUNSTÂNCIAS GERADORAS DO CONSTRANGIMENTO. ORDEM NÃO CONHECIDA.
1**. Não havendo nos autos comprovação da existência de pedido de revogação de prisão preventiva, ou relaxamento de prisão formulado junto à autoridade judiciária de 1º grau, fica impedido o colegiado de manifestar-se sobre a súplica, ante a inexistência de ato coator, sob pena de vedada supressão de instância.**
2. A alegação genérica de constrangimento ilegal, sem indicar suas circunstâncias específicas, nem tampouco o título prisional gerador do suposto constrangimento, impedem o conhecimento do *mandamus* por inépcia da inicial.
3. Ordem não conhecida.
(Habeas Corpus nº 17781-81.2009.8.06.0000/0; Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo; 1ª Câmara Criminal, distribuído e protocolado em 21.07.2009). (negritei)

Na mesma linha de entendimento, o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPETRAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA PARTE, ORDEM DENEGADA.
1. **Suposta inidoneidade dos fundamentos da prisão preventiva não foi objeto do *writ* originário, pelo que a questão não deve ser conhecida por esta E. Corte, sob pena de supressão de instância.**
2. A questão relativa ao constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa se encontra superada, porque o feito já foi sentenciado.
3. *Writ* conhecido em parte e, na parte conhecida, denego a ordem.
(HC 120.782/PB, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2009, DJe 18/12/2009). (negritei)

Diante do exposto, em dissonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, NÃO CONHEÇO da ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

Nº 17692-92.2008.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (DE FORTALEZA)
IMPETRANTE: EDUARDO DOS SANTOS TAVARES
PACIENTES: ÁUREA LÚCIA PIMENTEL LACERDA E SUELEM PIMENTEL LACERDA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 13ª VARA CRIMINAL DE FORTALEZA
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-O trancamento de ação penal por estelionato, praticado, em tese, em operação comercial, é medida que precisa ser encarada com cautela, para que se evite coarctar a função institucional da promotoria. Some-se a isso, e não se ignora, que o injusto civil, quando vislumbrado, pode simultaneamente tomar a cor e feitio de injusto criminal. *Imputatio facti*, a mais, com raízes em indícios encontráveis no inquérito, tudo a arredar a tutela pretendida, que, em última visada, importaria a exculpação sumária das pacientes, mãe e filha, que lesaram o comércio de Fortaleza causando sérios prejuízos a inúmeros lojistas ao adquirirem produtos com cheques pré-datados incobráveis, máxime porque a discussão quanto à existência ou não do dolo na conduta das acusadas, se houve ou não o crime, é matéria de mérito que não comporta ser apreciada na angusta via do *writ*.
-Vale lembrar: habeas corpus não é instrumento para absolvição antetempo.
-Impetração conhecida, todavia denegada.
-Unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos do habeas corpus acima identificado.

1 - O impetrante almeja trancar ação penal em que as pacientes, mãe e filha, figuram como autoras, em tese, de estelionato em continuidade delitiva. Se injusto houve, garante o causídico, configuraria ilícito civil, já que derivado de transação comercial entre elas, pacientes, e as vítimas elencadas pela promotoria, ausente, por consectário, justa causa para a persecução, à míngua da tipicidade, detectável, assim, a coação ilegal justificadora do que pretendido.

Liminar indeferida.

Informado e com opinatório ministerial pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 - O injusto civil pode perfeitamente delinear injusto penal. Assim é que, detectado em operação comercial, basta que fique evidenciado, no correr da persecutio criminis, ter uma das partes lesado voluntária e conscientemente a outra, tirando proveito ilícito do comportamento astucioso.

In casu, a denúncia, formal e materialmente perfeita, capitula às pacientes a prática de crime em tese. E está apoiada em elementos revelados pelo inquérito e valorados pelo Parquet como hábeis e suficientes à formulação da imputatio facti.

Consoante apurado na instrução criminal, Áurea Lúcia Pimentel Lacerda, natural de Macapá/AP, assinava cheques e os repassava à segunda paciente, sua filha, que, a sua vez, consciente de que as cártulas não seriam compensadas por insuficiência de fundos, adquiria confecções e calçados na Praça de Fortaleza, lesando vários lojistas nesta Capital com o referido golpe. Os prejuízos no comércio local, bom registrar, somaram aproximadamente R$ 150.000,00.

Pretensão malpropícia.

Com efeito, **"comete crime de estelionato e não mero ilícito civil, quem, como dolo predeterminado, simula contraprestação do do ut des, emitindo cheques pré-datados incobráveis, logrando obter indevida vantagem econômica em detrimento do incauto vendedor. O fato de os cheques terem sido emitidos pro solvendo e não pro soluto apenas descaracteriza o crime de emissão fraudulenta de cheques (art. 171, § 2º, VI, do CP), mas não exclui a possibilidade da ocorrência da figura básica do estelionato"** (JUTACRIM-SP vol. 87, p. 421).

Nesse contexto, acolher-se o pretendido trancamento da ação importaria, por um lado, coarctar-se a função institucional da Promotoria. Pelo outro, a exculpação sumária das pacientes, quando não se ignora, **"que a aferição da existência de dolo na conduta do agente é providência que demanda, necessariamente, exame aprofundado de provas, razão pela qual a cognição sumária do habeas corpus mostra-se inidônea"** (STJ, 5ª T., RHC 14.804/SP, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 15/03/2004, p. 285)

Só o cotejo das provas e contraprovas colhidas na fase instrucional eliminará a dubitação acerca do que afirmado pelo Promotor e negado pelas pacientes.

Vale lembrar: habeas corpus não é instrumento para absolvição antetempo.

Inconfigurado o constrangimento ilícito, não se recepciona o habeas corpus.

3 – Do que posto, **ACORDA** a **1ª CÂMARA CRIMINAL** do **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ,** por coincidente votação e conforme o voto do Relator, em conhecer da impetração, todavia para denegá-la.

Fortaleza, CE, 14 de outubro de 2008.

PROCESSO: 0026628-33.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FRANCISCO JACKSON ALVES LIMA (OAB- CE 11.212)
PACIENTE: ADRIANO PEREIRA NEGREIROS
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: HABEAS CORPUS – PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO TENTADO – PRISÃO PREVENTIVA – ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA E CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL PARA A PRISÃO – NÃO CONFIGURAÇÃO – GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA – ORDEM CONHECIDA E DENEGADA.

1. O paciente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, II e art. 29, todos do Código Penal. O decreto de prisão preventiva encontra-se suficientemente fundamentado em face das circunstâncias do caso concreto, a indicar a necessidade de sua segregação para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.

2. É de ser mantida a decisão que decreta a prisão preventiva para garantia da ordem pública, com fundamento na periculosidade concreta do agente, evidenciada pelo *modus operandi* da conduta por ele perpetrada.

3. Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Habeas Corpus, **ACORDAM** os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em conhecer a ordem, mas para denegá-la, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de **habeas corpus**, com pedido liminar, impetrado em favor de ADRIANO PEREIRA NEGREIROS**,** pela suposta prática do crime tipificado no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, II e art. 29, todos do Código Penal, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 1º Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Aduz o impetrante, em resumo, que há constrangimento ilegal por ausência de requisitos para a manutenção da prisão preventiva, bem como alega excesso de prazo na instrução processual.

Informações da autoridade dita coatora às fls. 111/112, apontando que o feito tem tramitação regular.

Liminar indeferida às fls. 107.

Às fls. 114/117, a douta Procuradoria Geral de Justiça se manifestou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos legais de admissibilidade. No mérito, todavia, inviável a concessão da ordem.

Consta dos autos que o paciente foi preso preventivamente pela suposta prática do crime de homicídio qualificado por motivação fútil e por emprego de meio que dificultou a defesa da vítima, na forma tentada.

Cuida-se de impetração de Habeas Corpus liberatório com pedido de liminar contra ato da autoridade citada, que, segundo a inicial, seria gerador de ilegal constrangimento, visto que a autoridade impetrada indeferiu o pedido de liberdade provisória, sem demonstrar a necessidade de manutenção da sua segregação em motivos concretos, bem como alega excesso de prazo na instrução processual.

De início, verifica-se que a prisão atende ao disposto no art. 313, inciso I, do CPP, pois se trata de crime doloso e a pena máxima cominada a ele excede quatro anos. Também há nos autos manifestos indícios de materialidade e autoria, uma vez que, do que consta na decisão impugnada, o crime foi presenciado por testemunhas que conhecem o réu.

Finalmente, presente está pelo menos um dos requisitos do art. 312 do CPP, pois a prisão se justifica em face da garantia da ordem pública, dada a periculosidade concreta do paciente, manifesta nas circunstâncias ligadas à motivação da conduta investigada.

O paciente é acusado de crime grave. O modus operandi também pesa contra, utilizando de violência para alcançar o objetivo traçado. A fundamentação objetiva da decisão do magistrado é de todo suficiente para garantir a segregação do acusado.

A custódia preventiva encontra-se suficientemente clara e fundamentada, em face das circunstâncias do caso, que pelas características delineadas, demonstram a necessidade da segregação do paciente, com a finalidade de garantir a ordem pública e em se considerando o *modus operandi* do crime.

Afastando-se de qualquer análise meritória, então vedada nesta via estreita, vê-se que ao paciente é imputada a prática de crime de homicídio tentado, cometido

em concurso de agentes, com utilização de arma de fogo, em via pública e em horário de pleno trânsito de pessoas (18 horas), eis que aconteceu em frente da casa da vítima, circunstâncias que, indubitavelmente, retratam gravidade compatível com a prisão preventiva, então imposta em resguardo à ordem pública.

O atentado contra a vida da vítima por motivo banal, também colocou em risco a vida e a integridade física de outras pessoas, eis que no momento dos disparos, restou lesionado o pé de uma senhora que estava nas imediações, revelando a brutalidade da conduta do agente, que requer pronta intervenção do Estado e autoriza a segregação cautelar para evitar provável confronto na comunidade.

Noutro giro, quanto à alegação de excesso de prazo na entrega da prestação jurisdicional, igualmente, não merece respaldo. Observa-se que o processo encontra-se em regular tramitação (fls. 111/112), com obediência aos prazos processuais, pois o paciente já foi devidamente citado, em 20 de fevereiro do ano corrente, não apresentando resposta à acusação, porém houve nomeação de defensor público para representá-lo.

A decisão impugnada, portanto, está devidamente fundamentada. A Defesa, por sua vez, não colacionou provas ou fatos aptos a demonstrar qualquer ilegalidade da medida constritiva.

Nesse sentido, confiram-se precedentes:

> **EMENTA:** HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. ART. 121, §2º, INCISOS II E IV, C/C ART. 14, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. DISPAROS DE ARMA DE FOGO. ARTS. 14 E 15 DA LEI 10826/03. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM FUNDAMENTO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. COAÇÃO NÃO CONFIGURADA. ORDEM DENEGADA.
> 1. Há elementos suficientes para demonstrar a ameaça que a soltura do paciente representa para a sociedade, intimidando e infligindo temor às potenciais testemunhas do crime em apuração, além de revelar perigo concreto para a conclusão das investigações preliminares e para a correspondente ação penal, justificando a necessidade da manutenção da prisão preventiva para garantia da ordem pública e para resguardar a instrução criminal.
> 2. Ademais, cuida-se de paciente que ostenta outros registros penais e foi identificado pela polícia como integrante de grupo dedicado à prática de crimes.
> 3. Ordem denegada.
> (Acórdão n.656291, 20130020016523HBC, TJDFT, Relator: JOÃO TIMÓTEO DE OLIVEIRA, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 21/02/2013, Publicado no DJE: 27/02/2013. Pág.: 225).

> **EMENTA:** HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. FLAGRANTE REGULAR. PRISÃO PREVENTIVA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. MODUS OPERANDI QUE REVELA GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA E PERICULOSIDADE DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA.

> LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.
> 1- A ininterrupta busca pelo paradeiro do suposto autor das agressões, que resulta em sua prisão, configura, a princípio, hipótese de flagrante (art. 302, III, CPP).
> 2- Constatadas pelo modus operandi a gravidade concreta da conduta e a periculosidade do agente, consubstanciadas nos inúmeros golpes de canivete desferidos contra a vítima, justifica-se a manutenção da prisão cautelar para garantia da ordem pública (art. 312, CPP).
> 3- Presentes a prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, inexiste constrangimento ilegal na decisão que decreta, fundamentadamente, a prisão preventiva do paciente, pois condições pessoais favoráveis, por si sós, não bastam para afastar o édito cautelar, quando a necessidade da custódia se mostrar patente.
> 4- Ordem denegada.
> (Acórdão Nº 1.0000.13.003517-3/000, Comarca de Piranga - TJMG, Relator: DES. ANTÔNIO ARMANDO DOS ANJOS, 3ª Câmara Criminal, Data de Julgamento: 26/02/2013, Publicado no DJE: 06/03/2013).

Por fim, ressalte-se que, diante da natureza do crime imputado ao paciente e das circunstâncias em que foi praticado, não se vislumbra constrangimento ilegal por falta de fundamentação, nem decorrente de excesso de prazo, bem como se entende que estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva. Ademais, não se revela adequada qualquer das medidas cautelares diversas da prisão, previstas no art. 319 do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, considerando não haver constrangimento ilegal que macule a prisão do paciente, conhece-se a presente ordem, porém para denegá-la.

Fortaleza, 18 de março de 2013.

HABEAS CORPUS Nº 0005838-96.2011.8.06.0000, DE FORTALEZA
IMPETRANTE: MARCOS ANTONIO VIEIRA DE SOUSA
PACIENTE: MARÍLIA FERREIRA DA SILVA
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE
RELATOR: DES. FRANCISCO GOMES DE MOURA

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DE TORTURA CONTRA CRIANÇA (ART. 1º, II e § 4º, II, DA LEI 9.455/97). PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE LIBERDADE PROVISÓRIA INDEFERIDO PELA MAGISTRADA DE PISO. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. OCORRÊNCIA. RÉ PRESA PROVISORIAMENTE HÁ MAIS DE DOIS ANOS (14/07/2010). TARDANÇA NO JULGAMENTO DO FEITO SEM A CONTRIBUIÇÃO DA APRISIONADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELAS MEDIDAS CAUTELARES PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. POSSIBILIDADE. ORDEM CONHECIDA E PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. Como sabido, a segregação cautelar se reveste do caráter de provisoriedade, devendo o Estado-Juiz zelar pela celeridade dos processos sob sua tutela, a fim de que o decurso do tempo não transforme a cautelaridade inerente à medida constritiva em verdadeira antecipação de pena, o que leva à configuração de constrangimento ilegal por injusta duração da custódia, quando não provocado pela defesa.

2. *In casu*, a paciente já se encontra encarcerada há mais de 2 (dois) anos. Nesse ínterim, é bem verdade que houve a oitiva de todas as testemunhas de acusação, pelo que, em princípio, poder-se-ia aplicar o teor da Súmula nº 52 do egrégio STJ. Contudo, a não ultimação de diligência requerida pelo Ministério Público, aliada ao longo lapso temporal da instrução criminal, não recomendam a incidência do citado entendimento jurisprudencial.

3. Ademais, inexiste nos autos evidência de que tenha a ora paciente contribuído de qualquer forma para o elastério processual, configurando-se a falha do aparelho judiciário na tramitação regular do feito, malferindo desse modo o

princípio constitucional da razoável duração do processo, nos moldes do art. 5º, LXVIII, da CF/88.
4. Como bem anotou a Representante do Ministério Público de primeiro grau, aquiescendo com o pedido de liberdade provisória formulado nos autos da ação penal, a paciente não possui antecedentes criminais, tem endereço certo e ocupação lícita, razão pela qual entendo plenamente possível a substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no art. 319 do Código de Processo Penal, a serem aplicadas segundo prudente avaliação do Juízo processante.
5. Habeas corpus conhecido e parcialmente deferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos acima epigrafados, ACORDAM os Excelentíssimos Senhores Desembargadores da 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por votação unânime, em conhecer da presente impetração, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Cuida-se, na espécie, de pedido de *habeas corpus* liberatório com requesto de medida liminar impetrado pelo advogado Marcos Antonio Vieira de Sousa em favor da paciente Marília Ferreira da Silva, adversando ato do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal desta Capital, que houve por indeferir o pedido de relaxamento de prisão formulada pela defesa nos autos da ação penal em curso perante o referido módulo judiciário.

Emerge dos autos que a paciente foi presa em flagrante e denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, II e § 4º, II, da Lei nº. 9.455/97 (tortura contra criança), fato ocorrido em 13 de julho de 2010, encontrando-se encarcerada preventivamente desde 14 de julho de 2010, sem que tenha sido julgada, em que pese ter sido encerrada a instrução criminal em data de 16 de novembro de 2011.

Diante de tal quadro, formulou a paciente nos autos da ação penal, por intermédio de seu advogado, pedido de relaxamento da custódia cautelar, alegando excesso de prazo na formação da culpa, uma vez que a mesma se encontrava encarcerada desde 14 de julho de 2010. Todavia, inobstante parecer favorável da Representante do Ministério Público, o pleito foi indeferido pelo juízo processante, invocando para tanto as súmulas 52 do egrégio STJ e da súmula 09 do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará.

À continuidade, argumenta o impetrante que a custódia cautelar da

paciente mostra-se desnecessária, uma vez que não estariam presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, além de não haver possibilidade de abalo à ordem pública, notadamente levando-se em consideração ser a paciente primária, possuir bons antecedentes, ter residência fixa e ocupação definida, não havendo razão plausível para a manutenção de sua prisão preventiva.

Daí o presente *mandamus*, suplicando o impetrante, primeiro em sede de liminar, pela imediata soltura da aprisionada e, no mérito, a concessão da ordem devolvendo à paciente o *status libertatis*.

A liminar foi indeferida nos termos da decisão de fls. 29/30.

Informações prestadas pela Magistrada impetrada encontram-se às fls. 45/46.

Parecer da douta Procuradoria Geral do Estado às fls. 48/51, pugnando pelo conhecimento do *writ,* mas para que o mesmo seja indeferido.

É o relatório. Segue a decisão.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos legais de admissibilidade, além de devidamente instruído, o pedido de habeas corpus há de ser conhecido.

Conforme já relatado, a presente impetração objetiva devolver à paciente seu *status libertatis,* em face da decisão proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal desta Capital, que houve por indeferir o pedido de relaxamento de prisão preventiva, nos termos da decisão prolatada nos autos da ação penal nº. 496561-93.2011.8.06.0001, datada de 1º de março de 2012.

Compulsando os autos, vê-se que a ora paciente foi presa em flagrante e denunciada pela suposta prática do crime previsto no art. 1º, II e § 4º, II, da Lei nº. 9.455/97 (tortura contra criança), fato ocorrido nesta Capital no dia 13 de julho de 2010, encontrando-se a mesma custodiada preventivamente desde o dia 14 de julho de 2010, sem que ainda tenha sido julgada, restando devidamente evidenciado o excesso de prazo na conclusão do processo, em que pese o término da instrução criminal ocorrida em 16 de novembro de 2011.

Como bem anotou a Representante do Ministério Público com exercício perante o Juízo processante, inexiste qualquer evidência de que a paciente tenha colaborado negativamente para a ocorrência do excesso prazal, ressaltando, ademais, a primariedade da acusada, revelando que a mesma não é propensa a práticas criminosas, não mais subsistindo o *periculum libertatis*.

Não se desconhece, tal como já consagrado na doutrina e na jurisprudência, que os prazos processuais devem ser considerados em consonância com o princípio da razoabilidade, em atenção ao postulado constitucional ditado pelo art. 5º, inciso LXXVIII, da Carta de 1988, o qual permite, em certos casos, o elastério da instrução processual, fato que se dá, notadamente, em feitos de maior complexidade em razão de

peculiaridades do caso concreto.

Ocorre que, não obstante a gravidade do delito e a redistribuição do feito, o excesso temporal não se encontra de todo justificado, mesmo porque, encerrada a instrução processual em 16 de novembro de 2011, passados mais de oito meses, o processo ainda não foi julgado, aguardando diligência pericial requerida pelo Ministério Público, sem data prevista para sua conclusão, não sendo razoável que a paciente seja mantida aprisionada por evidente falha do aparelho judiciário.

Importa ainda observar, por oportuno, que a paciente foi denunciada como incursa no crime previsto no art. 1º, II e § 4º, II, da Lei nº. 9.455/97, que tem pena mínima abstratamente cominada em 2 (dois) anos de reclusão, sendo que a mesma está presa provisoriamente há mais de dois anos, correndo o risco de permanecer mais tempo presa cautelarmente, em regime fechado, do que ficaria se fosse efetivamente condenada, o que evidencia excesso de prazo na manutenção da custódia cautelar.

Nesse sentido, a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Excedido que seja o prazo na prisão cautelar, impor-se-á o seu relaxamento, seja pela via do habeas corpus, seja *ex offício*, pelo Tribunal, na apreciação de eventual recurso. E isso, independentemente da natureza do crime em apuração. É ver a Súmula 697 da Suprema Corte: "A proibição da liberdade provisória nos processos por crimes hediondos não veda o relaxamento da prisão processual por excesso de prazo".
> Em resumo: a regra é a estrita observância, pelo Estado, dos prazos previstos para a prática dos atos processuais, somente se admitindo a sua não observância em situações excepcionais, em que se exija uma reflexão hermenêutica para além dos limites dogmáticos, na linha da necessidade de afirmação de princípios constitucionais de igual relevância.
> (Curso de Processo Penal, Eugênio Pacelli de Oliveira, 16 ed. atual. pag. 559, São Paulo: Atlas, 2012).

Nessa mesma linha, precedente desta colenda Primeira Câmara Criminal:

> EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM CONHECIDA E CONCEDIDA. RATIFICAÇÃO DA LIMINAR JÁ DEFERIDA.
> Paciente preso preventivamente em 14 de agosto de 2009, por suposta infração ao art. 121, § 4º, e art. 155, § 3º c/c art. 69 do CPB.
> Não estando dentro dos limites da razoabilidade e não havendo a defesa concorrido a tanto, o excesso de prazo deve ser entendido como constrangimento ilegal, impondo-se a imediata soltura do paciente.
> Ordem conhecida e concedida para confirmar a decisão liminar anteriormente deferida. (HC 40120-97.2010.8.06.0000, Relator(a): Des. Francisco Pedrosa Teixeira, julgado em **27/07/2010**).

Ante a inovação legislativa, trazida ao ordenamento pela Lei nº. 12.403/2011, saliento a necessidade do cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão processual, nos termos do art. 319, I, II, III, IV e V, do Código de Processo Penal, nas condições a seguir determinadas, ficando o cumprimento a cargo da outa Magistrada da 3ª Vara Criminal desta Capital.

No que pertine à alegada falta de fundamentação idônea do decreto constritivo, o pedido não há de ser conhecido, tendo em vista que não anexada à inicial cópia da decisão vergastada, sendo imperioso afirmar a necessidade de prova pré-constituída a ensejar o exame das razões aduzidas em sede de *habeas corpus*.

Dentro deste raciocínio, em dissonância com o posicionamento da douta Procuradoria Geral de Justiça, identificando na espécie a inércia do Estado-Juiz e para que não se imponha constrangimento ilegal à paciente, conheço da presente ordem, para dar-lhe parcial provimento, em face do manifesto excesso de prazo, expedindo-se de imediato o ALVARÁ DE SOLTURA, se por outro motivo não estiver presa, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, determinando, ademais, a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, I, II, III, IV e V, do CPP, nas seguintes condições:

1. Comparecimento quinzenal perante a Secretaria da 3ª Vara Criminal a fim de informar e justificar suas atividades laborativas;
2. Proibição de acesso à residência da vítima;
3. Proibição de manter contato com a vítima e seus familiares;
4. Proibição de se ausentar da Comarca e
5. Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga.

É o voto.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO N°: 0080881-05.2012.8.06.0000.
TIPO: HABEAS CORPUS DIGITAL.
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE CEARÁ
PACIENTE: DANIEL FERREIRA DA SILVA.
IMPETRADO: JUÍZO DA 2ª VARA DE EXECUÇÃO PENAL DA COMARCA DE FORTALEZA/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E EXECUÇÃO PENAL. *HABEAS CORPUS*. INCIDENTE DE EXECUÇÃO. NOVA CONDENAÇÃO. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. NOVO CÁLCULO. MODIFICAÇÃO DA DATA-BASE PARA IMPLEMENTO OBJETIVO DE NOVOS BENEFÍCIOS DE EXECUÇÃO PENAL. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA ULTIMA CONDENAÇÃO OU A DATA DA ÚLTIMA PRISÃO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. EXISTÊNCIA DE RECURSO PRÓPRIO. PRECEDENTES DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE CONCESSÃO *EX-OFFICIO*. JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE ESTABELECEU PARA O CASO A DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Impetração em favor de paciente, que responde processo de execução penal; que após o nova condenação teve o prazo para concessão de novos benefícios de execução penal interrompido. Pede-se o reconhecimento da data-base para novos pleitos, o dia da última prisão e não, o dia do trânsito em julgado da última condenação, conforme entendeu o Juízo *a quo*.

2. Sustenta ainda, que em face da omissão legislativa sobre o tema, deveria ser aplicada a regra mais favorável ao condenado, no caso, a data da utima prisão.

3. Em que pese a importância do tema, a ordem desmerece conhecimento por impropriedade da via escolhida, uma vez que a defesa abriu mão do instrumento recursal próprio para combater o incidente de execução penal aqui questionado, não podendo nesta via sumária ver solucionada a pretensão. Precedentes do STJ.

4. "*Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal*

Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. - As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes." STJ.
5. Todavia, é de se reconhecer que a inadequação da via escolhida, não desobriga esta Corte de, *ex officio,* procurar fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.
6. Na vertência, visualizo a impossibilidade de concessão de ofício da ordem, é que a jusprudência atual e majoritária do Colendo STJ, da qual concordamos por se mostrar equilibrada, entende que o marco interruptivo para o caso, é a data do transito em julgado da ultima condenação.
7. A propósito, vejamos: "*Esta Corte pacificou o entendimento de que sobrevindo nova condenação no curso da execução, seja por fato anterior ou posterior, o prazo para concessão de benefícios fica interrompido, devendo o novo cálculo ter por base a unificação das penas, sendo que o termo a quo para a contagem do período aquisitivo é o trânsito em julgado da nova condenação."* (STJ).
8. Ordem não conhecida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* nº. 0080881-05.2012.8.06.0000, ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, em favor de Daniel Ferreira da Silva, contra ato do Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE**.**

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em não conhecer do *habeas corpus*, nos termos do voto do eminente Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre ordem de *Habeas Corpus* ajuizado pela Defensoria Pública do Estado do Ceará, em prol de Daniel Ferreira da Silva, acoimando ato do Juízo da 2ª Vara de Execução Penal da Comarca de Fortaleza/CE**.** (fls. 01/16).

Diz a impetrante, em resumo, que em face de várias condenações penais o paciente responde processo de execução penal perante o Juízo impetrado; que em razão de nova condenação, teve a data-base para o computo de novos benefícios alterada

e com isso resultando prejuízo, já que se encontrando preso desde 05/11/2005 não implementará tão cedo o tempo necessário para a nova promoção de regime prisional, principalmente porque o Juízo *a quo* entendeu que a data do transito em julgado da nova condenação ocorrida em 05/11/2011 representa o marco interruptivo.

Sustenta que inexiste na legislação norma sobre o tema, e que deveria ser aplicada a regra mais favorável ao condenado, no caso, a data da última prisão ocorida em novembro de 2005, caso contrário, a interrupção do prazo ocorrida na ocasião em que encontrava preso e cumprindo pena é abusiva e portanto, impõe ao condenado constrangimento ilegal.

Concluiu requerendo liminarmente o reconhecimento da nova data-base para novos pleitos, o dia da última prisão e não, o dia do trânsito em julgado da última condenação, conforme entendeu o Juízo *a quo*.

No mérito, a confirmação da liminar e concessão definitiva da ordem.

À impetração colacionou-se os documentos de fls. 17/47.

Liminar indeferida, conforme decisão de fl. 57.

As judiciosas informações foram prestadas às fls. 68/70.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça, através do parecer de folhas 61/64, opinou pela denegação do *mandamus*.

É o relatório.

VOTO

Como se depreende do relato, cuidam-se os autos de *habeas corpus* manejado como substituto de agravo de execução, ajuizado em favor de paciente que suporta processo de execução penal em face de várias condenações penais transitadas em julgado.

Argumenta-se que o paciente cumprindo pena, sofreu nova condenação e em decorrência disso interrompido a contagem do prazo para implementar novos benefícios de execução penal, sustentando ainda, que em face da omissão legislativa acerca do tema, deveria ser aplicada a regra mais favorável ao sentenciado e com isso a fixação da data-base em 11/04/2005, data da sua última prisão e não a data do trânsito em julgado da última condenação (05/11/2011), como entendeu o juízo *a quo*.

Compulsando os autos observa-se que a impetrante lançou mão da utilização do instrumento processual mais eficiente para obter a prestação jurisdicional almejada. Refiro-me ao previsto no artigo 197 da Lei de Execuções Penais segundo a qual: *"Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo"*. Lembrando ainda que possui prazo de interposição de (05) dias, contra-razões recursais e o Juízo de retratação.

As mais recentes decisões do Supremo Tribunal Federal e da Corte Superior de Justiça, são no sentido de que é incabível o *habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário, uma vez que as hipóteses de cabimento do *mandamus* são restritas, não se

admitindo que o remédio constitucional seja banalizado e utilizado em substituição ao recurso cabível.

Nesse sentido, vejamos:

> "(...)A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, buscando a racionalidade do ordenamento jurídico e a funcionalidade do sistema recursal, firmou-se, mais recentemente, no sentido de ser imperiosa a restrição do cabimento do remédio constitucional às hipóteses previstas na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Louvando o entendimento de que o Direito é dinâmico, sendo que a definição do alcance de institutos previstos na Constituição Federal há de fazer-se de modo integrativo, de acordo com as mudanças de relevo que se verificam na tábua de valores sociais, esta Corte passou a entender ser necessário amoldar a abrangência do habeas corpus a um novo espírito, visando restabelecer a eficácia de remédio constitucional tão caro ao Estado Democrático de Direito. Precedentes. - Atento a essa evolução hermenêutica, o Supremo Tribunal Federal passou a adotar decisões no sentido de não mais admitir habeas corpus que tenha por objetivo substituir o recurso ordinariamente cabível para a espécie. - Precedentes.(...)"
> (HC 205.401/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 18/09/2012, DJe 21/09/2012).

> **"(...) Esta Corte não deve continuar a admitir a impetração de habeas corpus (originário) como substitutivo de recurso, dada a clareza do texto constitucional, que prevê expressamente a via recursal própria ao enfrentamento de insurgências voltadas contra acórdãos que não atendam às pretensões veiculadas por meio do *writ* nas instâncias ordinárias. 3. Embora se reconheça que a nossa jurisprudência, há muito, tenha flexibilizado, e até mesmo ampliado, as hipóteses de cabimento do habeas corpus, mostra-se importante, agora, em sintonia com os mais recentes julgados do Supremo Tribunal Federal (Habeas Corpus nº 109.956/PR, Informativo nº 674), a revisão jurisprudencial (overruling). 4. A modificação desse entendimento representa o revigoramento, na jurisprudência, do recurso ordinário, cuja fonte se encontra na própria Carta Política e, por isso mesmo, andará em pleno compasso com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, que consubstanciam verdadeiro norte no processo de interpretação e concretização do texto constitucional. 5. É preciso que se opere uma releitura do habeas corpus, cujo objetivo é a tutela da liberdade de locomoção, de salvaguarda contra arbitrariedades porventura ainda ocorrentes no Estado Democrático. 6. Nesse contexto, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal têm refinado o cabimento do habeas corpus, restabelecendo o seu alcance aos casos em que demonstrada a necessidade de tutela imediata à liberdade de locomoção, de forma a não ficar malferida ou desvirtuada a lógica do sistema recursal vigente.(...)"**
> **(HC 140.718/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2012, DJe 25/10/2012).**

Assim, temos a considerar que existe recurso eficiente para questionar as decisões do juízo de execução penal, o que torna impossível a apreciação do caso concreto, na sede escolhida pela impetrante, ante aos novos rumos tracejados para o heroico instrumento constitucional.

Todavia, é de se reconhecer que a inadequação da via escolhida, não desobriga esta Corte de, *ex officio,* procurar fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente.

Na vertência, visualizo a impossibilidade de concessão de ofício da ordem, é que a jusprudência atual e majoritária do Colendo STJ, da qual concordamos por se mostrar sensata e equilibrada, entende que o marco interruptivo para o caso, é a data do trânsito em julgado da última condenação.

Nesse sentido vejamos a jurisprudência:

> **"PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO. FATO ANTERIOR OU POSTERIOR. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS. NOVO CÁLCULO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. PERÍODO AQUISITIVO. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. -** Esta Corte pacificou o entendimento de que sobrevindo nova condenação no curso da execução, seja por fato anterior ou posterior, o prazo para concessão de benefícios fica interrompido, devendo o novo cálculo ter por base a unificação das penas, sendo que o termo a quo para a contagem do período aquisitivo é o trânsito em julgado da nova condenação. - Agravo regimental desprovido.**"** (AgRg no REsp 1265659/RS, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 06/12/2012, DJe 14/12/2012).

> **"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. EXECUÇÃO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NOVA CONDENAÇÃO POR CRIME COMETIDO ANTERIORMENTE À EXECUÇÃO PENAL. ESTABELECIMENTO DE NOVA DATA-BASE PARA A CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS DA EXECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. 1. Na esteira dos recentes precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, é incabível o habeas corpus substitutivo de recurso ordinário. 2. As hipóteses de cabimento do writ são restritas, não se admitindo que o remédio constitucional seja utilizado em substituição ao recurso cabível. Precedentes. 3. A inadequação da via eleita, contudo, não desobriga este Tribunal Superior de, ex officio, fazer cessar manifesta ilegalidade que importe no cerceamento do direito de ir e vir do paciente. 4. A superveniência de nova condenação definitiva interrompe o lapso temporal para a concessão da progressão de regime, estabelecendo como data-base para cálculo do benefício a data do trânsito em julgado da decisão condenatória. Precedentes.**

> **5. Inexistência de ilegalidade a ser reparada. 6. Habeas corpus não conhecido."** (HC 131.215/RS, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2012, DJe 29/10/2012). **Grifei.**
>
> **"EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. SUPERVENIÊNCIA DE NOVA CONDENAÇÃO NO CURSO DA EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DAS PENAS. BENEFÍCIOS PRISIONAIS. ALTERAÇÃO DA DATA-BASE. TERMO A QUO. TRÂNSITO EM JULGADO DA NOVA CONDENAÇÃO. 1. Trata-se de hipótese em que, no curso da execução, sobreveio nova condenação. Em casos tais, é operada a unificação das penas, nos termos do art. 111, parágrafo único, da LEP. 2. Conforme orientação desta Corte, a contagem do prazo para a concessão de eventuais benefícios da execução é interrompida e passa a ter por parâmetro a pena unificada, desprezando-se, neste cálculo, o período já cumprido. 3. De ressaltar, entretanto, que a jurisprudência tem considerado como marco interruptivo a data do trânsito em julgado da nova condenação, sendo irrelevante se o crime foi praticado antes ou depois do início da execução da pena. 4. Ordem denegada."** (HC 181.171/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 01/08/2012).
>
> **"AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. NOVA CONDENAÇÃO DURANTE O CUMPRIMENTO DA PENA POR CRIME PRATICADO ANTES DO DELITO QUE ORIGINOU A EXECUÇÃO. UNIFICAÇÃO DE PENAS. INTERRUPÇÃO DO PRAZO PARA OBTENÇÃO DE BENEFÍCIOS. TERMO A QUO. DATA DO TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO SUPERVENIENTE. IMPROVIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO. 1. Consoante entendimento pacífico deste Sodalício, sobrevindo condenação ao apenado no curso da execução, a contagem do prazo para concessão de benefícios é interrompida, sendo realizado novo cálculo com base no somatório das reprimendas. 2. A data-base para a contagem dos prazos para benefícios será a data do trânsito em julgado da nova condenação. 3. Agravo regimental desprovido."** (AgRg no HC 133.989/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012).

Como visto, a jurisprudência é pacifica. Portanto, é de se vislumbrar que a interrupção do prazo para concessão de novos benefícios, deve ser considedada a data do trânsito em julgado da nova condenação penal.

Assim, pelos motivos acima expostos, **não conheço** do *mandamus*, pela impropriedade da via escolhida, em dissonância com o parecer da Douta Procuradoria de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 5 de março de 2013.

PROCESSO N°: 0081063-88.2012.8.06.0000.
TIPO: HABEAS CORPUS DIGITAL.
IMPETRANTE: RANDSLEY GOMES DE ARAUJO PAMPLONA.
PACIENTE: DENYGLÊS CORDEIRO GONÇALVES.
IMPETRADO: JUÍZO DA COMARCA DE QUITERIANÓPOLIS/CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO MAJORADO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO CARENTE DE FUNDAMENTAÇÃO. MERA REPETIÇÃO DE TESE JÁ ENFRENTADA E JULGADA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL EFETIVADA. INCOGNOSCIBILIDADE. NÃO ENFRENTAMENTO DAS PRELIMINARES ARGUIDAS NA RESPOSTA À ACUSAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PRELIMINARES NA PEÇA DE DEFESA. AUSÊNCIA DA CÓPIA DO DESPACHO QUE INSTAUROU A AÇÃO PENAL. AUSENCIA DE CERTIDÃO NARRATIVA SOBRE O EVENTO. PLEITO DE EXCESSO DE PRAZO. MORA JUSTIFICADA EM RAZÃO DA COMPLEXIDADE DA CAUSA. EXPEDIÇÃO DE DEZENAS DE CARTAS PRECATÓRIAS, INCLUSIVE DE INTERESSE DA PRÓPRIA DEFESA. PLURALIDADE DE REÚS. CARTAS PRECATÓRIAS CUMPRIDAS. PROCESSO COM DATA PRÓXIMA MARCADA PARA O ENCERRAMENTO DA INSTRUÇÃO. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA NESSA EXTENSÃO.

1. Impetração em favor de paciente denunciado por crimes, em tese, de roubo majorado e formação de quadrilha, que suporta prisão cautelar. Alega passar constrangimento ilegal em razão de decreto prisional carente de fundamentação; por inexistência de enfrentamento das preliminares arguidas na resposta à acusação e excesso de prazo para conclusão da instrução criminal. Pede o relaxamento do ergástulo.

2. Dos autos se colhe que com relação a suposta carência de fundamentação do decreto preventivo, a ordem não pode ser conhecida, é que esta tese já foi enfrentada e julgada por este

colegiado em *mandamus* anteriores, sendo por unanimidade reconhecida a legitimidade da peça cautelar, se constituindo, portanto, em mera repetição de matéria julgada.
3. No tocante a sustentação de que o Juízo *a quo* não enfrentou preliminares arguidas na resposta à acusação, extrai-se dos fólios, após um verdadeiro exercício de garimpagem, dado ao elevado número de peças colacionadas (722 no total), que a aludida peça de defesa não possui qualquer preliminar arguida, sendo ainda que não foi colacionada a decisão que instaurou a ação penal ou mesmo certidão narrativa sobre esse evento, de forma que esta tese não será conhecida.
4. Quanto ao alegado excesso de prazo, convêm mencionar que no julgamento do último *writ* em prol do paciente, este colegiado por unanimidade, julgou razoável a demora na tramitação do feito em face de suas peculiaridades, hoje o perfil é outro, uma vez que as cartas precatórias foram todas cumpridas, restando agora a inquirição de uma testemunha referida, requerida tanto pela defesa como pelo órgão ministerial, isso através de carta precatória, assim como, os interrogatórios dos denunciados, cuja ato já se acha designado para data próxima.
5. Cediço que a complexidade da causa e a pluralidade de réus, podem autorizar o extrapolamento dos prazos (Súmula nº 15 do TJCE), e que tais eventos não podem ser utilizados para indefinidamente justificar a lentidão do juízo ou servir de argumento para a letargia. Todavia, as peculiaridades deste *mandamus* nos aconselha a reconhecer que apesar da demora, os fatores acima alinhados, à atuação da própria defesa, a não comprovação de desídia ou morosidade inexplicável da autoridade *a quo*, que o processo se desenvolve de forma razoável.
6. Coação ilegal não configurada. Ordem parcialmente conhecida, e denegada naquilo que conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos de *habeas corpus* nº. 0081063-88.2012.8.06.0000, ajuizado pelo advogado Randsley Gomes de Araújo Pamplona em benefício de Denyglês Cordeiro Gonçalves, contra ato do Juízo da Comarca de Quiterianópolis/CE.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal

do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação **unânime**, em **conhecer parcialmente** do *mandamus*, mas para **denegá-lo**, nessa extensão, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Versam os autos sobre *habeas corpus* com pedido de liminar, ajuizado pelo advogado Randsley Gomes de Araújo Pamplona em prol de Denyglês Cordeiro Gonçalves, acoimando ato do Juízo da Comarca de Quiterianópolis/CE. (fls. 01/07).

Alega, em suma, que o paciente, denunciado por crimes, em tese, de roubo majorado e formação de quadrilha, encontra-se preso preventivamente por decreto carente de fundamentação idônea; que o juízo imperado não apreciou as preliminares arguidas na resposta à acusação e que há excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, fatores que no seu entendimento, caracterizam a ilegalidade da manutenção do ergástulo imposto do coacto.

Concluiu sustentando o constrangimento ilegal suportado pelo aprisionado, requerendo em sede de liminar, a liberação deste.

No mérito, a confirmação da liminar e concessão definitiva do *mandamus*.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 08/729.

Liminar indeferida, nos termos da decisão de fl. 737.

Informações da autoridade impetrada às fls. 741/751.

Com vista, a douta Procuradoria Geral de Justiça através do parecer de fls. 759/763, opinou pela denegação da ordem.

É o breve relato.

VOTO

A presente ordem de ***habeas corpus***, conforme se depreende do relatório, tem por objetivo restabelecer o ***status libertatis*** do paciente sob as argumentações de ilegalidade da prisão em face de carência de fundamentos concretos da decisão que decretou sua preventiva; por inexistir apreciação do Juízo, das preliminares arguidas na resposta à acusação e em razão de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal, elemento esses que caracterizariam o constrangimento ilegal suportado pelo paciente.

De acordo com as informações contidas nos autos, extraídas após extenso exercício de garimpagem, de pouco mais de uma dezena de documentos, dos (722) colacionados pelo impetrante, colhe-se que o paciente está sendo apontado como um dos autores dos crimes de roubo majorado e formação de quadrilha, que orquestradamente organizados, durante a madrugada, explodiram o caixa eletrônico do Banco do Brasil, localizado dentro do prédio da Prefeitura Municipal de Quiterianópolis/CE. Na ação parte do grupo, explodia o equipamento bancário e outra acuava os policiais dentro da Unidade Policial daquela Cidade.

O encarceramento do paciente se deu inicialmente através de prisão temporária e prorrogação, posteriormente transformada em preventiva. Os indícios suficientes de autoria e materialidade, foram colhidos através de quebra de sigilo telefônico, deferida pelo juízo *a quo*, de alguns dos envolvidos, de delação de um dos denunciados, de ligações anonimas, assim como, em face da conclusão da própria investigação policial.

Ou seja, várias foram as fontes para se chegar a autoria dos infratores, em tese.

Dito isso, vamos a primeira sustentação da impetração, a de que o decreto cautelar se acha carente de fundamentação. Segundo pesquisa realizada por este relator este tema já foi objeto de julgamento em outros *habeas corpus*, cujo acórdão reconheceu por unanimidade, que a decisão vergastada é legitima e devidamente fundamentada, de forma que o paciente já obteve a prestação jurisdicional a que tinha direito, se constituindo portanto, em mera repetição de tese anteriormente enfrentada e julgada, por isso, esse argumento não pode ser conhecido.

A propósito, o Colendo STJ orienta que:

> **"EMENTA: HABEAS CORPUS. Prisão preventiva. Pedido já apreciado pelo Tribunal. Repetição, sem inovação. Inadmissibilidade. Precedentes. Pedido de extensão não apreciado pelo juízo sentenciante. Supressão de instância. Agravo improvido. Não se admite pedido de habeas corpus que represente mera repetição doutro já indeferido." (HC 98987 ED-AgR / RS – Rel. Min. Cezar Peluso – Dje-195 – 16/10/2009).Grifei.**

A sustentação de que a autoridade *a quo* não enfrentou as preliminares arguidas por ocasião da resposta à acusação, extrai-se dos fólios que a aludida peça de defesa (fls. 197/200), não possui qualquer preliminar arguida, sendo ainda que não foi colacionada a decisão que instaurou a ação penal, ou mesmo certidão narrativa sobre o não recebimento da exordial acusatória, de forma que esta tese não será conhecida, por inexistirem os elemento necessários à avaliação.

Nessa esteira de raciocínio:

> "(...)O habeas corpus deve vir instruído com todas as provas que sustentem as alegações nele contidas, já que não se admite dilação probatória."
> (HC 177.101/AL, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe. 27/10/2011).

Por fim, o impetrante traz o argumento de excesso de prazo para a conclusão da instrução criminal. De início, mesmo não comprovando que pleiteou nesse sentido perante o Juízo de planície, situação que autorizaria o não conhecimento da ordem, em face do risco da indevida supressão do grau de jurisdição, sinto-me com o dever de *ex-officio* apreciar a tese levantada.

O paciente, segundo o sistema de informação processual desta corte, já figura como suplicante em outros quatro *habeas corpus*, todos julgados, sendo que o último, ainda no dia 17 de dezembro pretérito, inclusive com sustentação semelhante.

Convêm mencionar que no julgamento do último *writ* em prol do paciente, este colegiado por unanimidade, julgou razoável a demora na tramitação do feito em face de suas peculiaridades. Hoje o perfil é outro, uma vez que as cartas precatórias foram todas devidamente cumpridas e devolvidas, restando agora a inquirição de uma testemunha referida, requerida tanto pela defesa como pelo órgão ministerial, isso através de carta precatória, assim como, os interrogatórios dos denunciados, cuja ato já se acha designado para data próxima.

Cediço que a complexidade da causa e a pluralidade de réus, podem autorizar o extrapolamento dos prazos (Súmula nº 15 do TJCE)[1], e também, que tais eventos não podem ser utilizados para indefinidamente justificar a lentidão do juízo ou servir de argumento para a letargia. Todavia, as peculiaridades deste *mandamus* nos aconselha a reconhecer que apesar da demora, os fatores acima alinhados, à atuação da própria defesa, a não comprovação de desídia ou morosidade inexplicável da autoridade *a quo*, que o processo se desenvolve de forma razoável.

Ademais, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sugere, através da súmula nº 64, que se a defesa contribui com a demora, não pode alegar a lentidão em benefício próprio.

Vejamos:

> "Não constitui constrangimento ilegal o excesso de prazo na instrução, provocado pela defesa."

Na vertência, segundo as informações do Juízo, algumas testemunhas arrolados pela defesa, foram ouvidas através de carta precatória, como se vê, há contribuição mutua para o entrave processual.

De qualquer forma, pelo acima exposto, considerando a inexistência da alegada coação, considerando que a demora não se distancia do horizonte da razoabilidade. conheço parcialmente da presente ordem, para denegá-la, naquilo que conhecido em parcial consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 12 de março de 2013.

1 Não há falar em ilegalidade da prisão por excesso de prazo quando a complexidade do crime apurado ou a pluralidade de réus justifica a mora na ultimação dos atos processuais.

PROCESSO N.°: 0081213-69.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: LEUDÔNIO CANDIDO DE ANDRADE
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE PEDRA BRANCA/CE
PACIENTE: ANTONIA VALDECÍLIA FERNANDES DIAS
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. GRAVIDADE CONCRETA DOS DELITOS. ACUSAÇÃO DE INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PACIENTE FORAGIDA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Paciente acusada do cometimento de crime de tráfico de drogas e associação ao tráfico de drogas, alegando a ausência dos motivos autorizadores do decreto preventivo.

2. *In casu*, reputa-se devidamente fundamentada a ordem de segregação da acusada sob o enfoque de que a mesma integrava grupo criminoso sediado no Município de Pedra Branca/CE, onde se investiga o cometimento de crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas, homicídio, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e roubo, estando devidamente justificada a necessidade de garantia da ordem pública.

3. Ademais, apesar das alegativas do impetrante de que a paciente fora presa no dia 07.11.2012, constam informações da autoridade coatora de que o mandado prisional não fora cumprido, o que aduz a necessidade de manutenção da ordem prisional para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, inexistindo a possibilidade de concessão da ordem de ofício pelo excesso de prazo na oferta da peça denunciatória. Súmula nº 02 do TJ-CE. Precedentes.

4. Por outro lado, como é entendimento jurisprudencial, inclusive desta Corte, a simples alegativa de condições pessoais favoráveis à ré não atribui a mesma o direito subjetivo à liberdade.

5. Constrangimento ilegal que não se configura.

6. Ordem conhecida e denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em consonância com o parecer ministerial, em DENEGAR a ordem impetrada.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente ANTONIA VALDECÍLIA FERNANDES DIAS contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pedra Branca/CE.

Em síntese, alega o impetrante que a paciente foi presa no dia 08.11.2012 em razão de prisão preventiva, suscitada pelo Ministério Público e decretada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Pedra Branca/CE.

Afirma que a paciente é acusada do cometimento de crime de tráfico e associação ao tráfico, todavia durante a busca e apreensão realizada em sua residência nenhum vestígio de tais delitos foi encontrado, inexistindo fundamentos para a manutenção da prisão preventiva.

Menciona como condições pessoais favoráveis a acusada o fato de a mesmo ser primária, possuir residência fixa e ocupação lícita, desempenhando a função de prendas do lar.

Ao final, requer, liminarmente, a concessão da ordem de soltura em favor do paciente e, no mérito a confirmação da decisão.

Liminar indeferida em 10.12.2012 (fls. 26/27).

Informações da autoridade coatora em 29.12.2012 (fls. 31/32).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, instada a se manifestar, opinou em 25.01.2013, pela denegação da ordem (fls. 34/39).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus* impetrado em favor do paciente ANTONIA VALDECÍLIA FERNANDES DIAS contra ato do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Pedra Branca/CE.

Em síntese, alega o impetrante que a paciente foi presa no dia 08.11.2012 em razão de prisão preventiva, suscitada pelo Ministério Público e decretada pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Pedra Branca/CE, sendo aduzida a ilegalidade do decreto preventivo, ante a ausência dos pressupostos autorizadores da segregação cautelar.

In casu, reputa-se devidamente fundamentada a ordem de segregação da acusada sob o enfoque de que a mesma integrava grupo criminoso sediado no Município de Pedra Branca/CE, onde se investiga o cometimento de crimes de tráfico e associação ao tráfico de drogas, homicídio, formação de quadrilha, lavagem de dinheiro e roubo, estando devidamente justificada a necessidade de garantia da ordem pública.

Ademais, apesar das alegativas do impetrante de que a paciente fora presa no dia 07.11.2012, constam informações da autoridade coatora de que o mandado prisional não fora cumprido, o que aduz a necessidade de manutenção da ordem prisional para garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, inexistindo a possibilidade de concessão da ordem de ofício pelo excesso de prazo na oferta da peça denunciatória.

Sobre o tema, tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça, senão vejamos:

> EMENTA: PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTOS. EXCESSO DE PRAZO. REU FORAGIDO.
> - Não consubstancia constrangimento ilegal a ordem de prisão preventiva de agente do crime de furto de peças religiosa de elevado valor artístico, uma vez demonstrada a necessidade da medida por decisão devidamente fundamentada. - **Se o réu encontra-se foragido, não tem substancia a alegação de excesso de prazo na conclusão do procedimento investigatório policial. - recurso ordinário desprovido.**
> (RHC 5.771/MG, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 16/09/1996, DJ 21/10/1996, p. 40274).

No mesmo sentido, seguem os recentes julgados dos Tribunais de Justiça Estaduais:

> EMENTA: ***HABEAS CORPUS***. DELITO DE AMEAÇA. **DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA. PRETENSÃO À EXPEDIÇÃO DE SALVO-CONDUTO**. Na espécie, no que tange à razão de ser da custódia impingida ao ora paciente, não há mais o que ser aferido, porque nenhum fato adveio aos autos que ensejasse modificação na análise liminar efetivada, quando restou constatada a presença dos requisitos do art. 312 do CPP. **Ademais, não há falar em excesso de prazo para o oferecimento da denúncia quando se trata de paciente que ostenta a condição de foragido. ORDEM DENEGADA.**
> (Habeas Corpus Nº 70039141767, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 11/11/2010).

> EMENTA: ***HABEAS CORPUS*** **PREVENTIVO. PRISÃO PREVENTIVA.** *HABEAS CORPUS* QUANTO A OUTRO PACIENTE. CONCESSÃO. EXTENSÃO A OUTROS DOIS. PRETENSÃO DO ORA POSTULANTE A IGUAL MEDIDA. Na espécie, identificados os vetores do artigo 312 do CPP compatíveis com a situação do feito. **Conquanto**

não haja notícia de conclusão do inquérito policial, trata-se de paciente foragido, não cabendo, pois, neste momento falar-se em excesso de prazo, ORDEM DENEGADA.
(Habeas Corpus Nº 70038723862, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 28/10/2010).

EMENTA: HABEAS CORPUS PREVENTIVO. DELITO CONTRA A VIDA. PRISÃO PREVENTIVA. PLEITO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO DIANTE DA SOLTURA DOS ACUSADOS ENTÃO PRESOS. O cabimento da prisão preventiva já foi objeto de exame por esta Corte. **Conquanto não haja notícia de conclusão do inquérito policial, trata-se de paciente foragido, não cabendo, pois, neste momento falar-se em excesso de prazo, ORDEM DENEGADA.**
(Habeas Corpus Nº 70038554911, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa, Julgado em 14/10/2010).

EMENTA: ***HABEAS CORPUS*** **PREVENTIVO. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO.** PRISÃO PREVENTIVA. PRETENDIDA REVOGAÇÃO DO DECISUM. INVIABILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA NECESSIDADE DE ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. **ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO PARA O OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. INQUÉRITO POLICIAL NÃO CONCLUÍDO. INDICIADO FORAGIDO.** PRESCINDIBILIDADE DE INTERROGATÓRIO. DEMORA NO TÉRMINO DA FASE INQUISITIVA. POSSÍVEIS REFLEXOS NEGATIVOS NA SOLUÇÃO DO FEITO. REMESSA AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUE, SEGUNDO SEU LIVRE JUÍZO DE CONVENIÊNCIA E OPORTUNIDADE, OFEREÇA OU NÃO A DENÚNCIA. CONCESSÃO PARCIAL DA ORDEM.
(Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Habeas Corpus n. 2009.002902-1, de Garuva, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 17-02-2009).

EMENTA: HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO. - Liberdade provisória concedida a dois dos pacientes durante o trâmite do writ. Pedido prejudicado em relação a eles. – **Excesso de prazo para o oferecimento da denúncia. Réu que se encontra preso há mais de cento e vinte dias sem que o Ministério Público tenha deduzido a pretensão punitiva em juízo.** Excesso de prazo evidente. - Paciente foragido. Prisão preventiva necessária para garantia da ordem pública a para assegurar eventual aplicação da lei penal. **Em se tratando de réu foragido, inexiste constrangimento ilegal pelo excesso de prazo para o oferecimento da denúncia.**
(Habeas Corpus Nº 70007993090, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Marco Antônio Barbosa Leal, Julgado em 30/03/2004).

Acerca do assunto, esta Corte já possui entendimento sumulado. *In verbis:*

> Súmula nº 02, do TJ-CE: A ameaça concreta e evidenciada de fuga, bem como a efetiva evasão do distrito da culpa, constituem fundamento para o decreto de prisão provisória, com o fim de assegurar a aplicação da lei penal.

Por outro lado, como é entendimento jurisprudencial, inclusive desta Corte, a simples alegativa de condições pessoais favoráveis ao réu não atribui ao mesmo o direito subjetivo à liberdade. Assim é a jurisprudência pátria:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO MAJORADO. LIBERDADE DO PACIENTE QUE ENSEJA RISCO IMINENTE E CONCRETO À ORDEM PÚBLICA. **CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO TÊM O CONDÃO DE ELIDIR A MANUTENÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR.** COAÇÃO ILEGAL NÃO CONFIGURADA. ORDEM CONHECIDA, PORÉM DENEGADA.
> 1. Não é admissível amplo e profundo exame do material probatório coligido nos autos, na via do habeas corpus.
> 2. **Percebe-se que resta demonstrado nos autos, com fundamentação bem posta, que a liberdade do paciente impõe risco iminente e concreto à ordem pública, em face da periculosidade do agente, consubstanciada na reiteração delitiva.**
> 3. **Condições pessoais favoráveis não tem o condão de imunizar o paciente contra a decretação e a manutenção de prisão cautelar.**
> 4. Ordem conhecida e denegada.
> (HC 9731-66.2009.8.06.0000/0, Relator(a): Des. Francisco Gurgel Holanda, 2ª Câmara Criminal, julgado em 27/07/2009, publicado em 17/08/2009). (negritei)

Nesse contexto, não há que se falar em falta de fundamentação no presente caso, quando o magistrado esboçou detalhadamente os motivos ensejadores da prisão.

Diante do exposto, em consonância com o parecer ministerial, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que a prisão está justificada e a decisão devidamente fundamentada, motivo pelo qual DENEGO a ordem impetrada.

É como voto.

Fortaleza, 05 de fevereiro de 2013.

PROCESSO N.°: 0081562-72.2012.8.06.0000
HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: FÁBIO RODRIGUES COUTINHO
IMPETRADO: JUÍZO DE DIREITO DA 1ª VARA DA COMARCA DE QUIXADÁ/CE
PACIENTE: ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA
RELATOR: DESEMBARGADOR PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. TENTATIVA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. INOCORRÊNCIA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA. MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO AO CASO CONCRETO. LIMINAR CASSADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.

1. Decreto preventivo expedido em desfavor do paciente no dia 11.07.2012, relativo à acusação da pratica de crime tipificado no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, sendo aduzida a ilegalidade da prisão diante da ausência dos pressupostos da prisão preventiva.

2. *In casu*, verifico que o paciente já ostenta outras 02 (duas) condenações criminais relativas ao crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal) e crime relacionado à antiga Lei do Sistema Nacional de Armas (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/1997), mas tornou a delinquir, demonstrando desprezo com a vida humana, novamente atentando contra semelhante e com uso de arma de fogo.

3. É idônea a fundamentação que mantém a custódia preventiva do paciente, notadamente pela periculosidade do agente e pelo risco concreto de reiteração delitiva, o que aduzem a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, estando à prisão preventiva em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal. Precedentes.

4. No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista a personalidade criminosa do paciente, sendo beneficiado com a liberdade, mas tornando a delinquir, desconsiderando

a credibilidade da Justiça, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade.
Ordem conhecida e denegada, revogando-se a liminar anteriormente deferida para manter a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em DENEGAR à ordem impetrada, revogando-se a liminar anteriormente deferida para manter a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, ajuizado em sede plantão judiciário ocorrido no dia 25.12.2012, configurando como paciente ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA, em face de suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi denunciado por conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, relativo a fato ocorrido no dia 09.06.2011.

Afirma que o paciente não foi preso em flagrante, tendo se apresentado espontaneamente junto a autoridade policial para prestar esclarecimentos e, após iniciado o processo, colaborado com o mesmo, inclusive apresentando resposta à acusação

Destaca que, apenas por ocasião do recebimento de sua defesa, portanto, sem ensejar nenhum fato novo, foi decreta sua custódia preventiva, estando configurada a ilegalidade da segregação, haja vista que os motivos elencados não são condizentes com os ensinamentos previstos na legislação em vigor, havendo carencia de fundamentação no *decisum* guerreado.

Por fim, requer, liminarmente, a concessão da ordem de soltura em favor do paciente e, no mérito, a confirmação da decisão.

Liminar deferida em 25.12.2012 (fls. 36/42).

Redistribuídos os autos após o recesso natalino os mesmo vieram conclusos a minha relatoria (fl. 54), ocasião na qual determinei que fossem solicitadas informações do impetrado e vista a Procuradoria Geral de Justiça para emissão de parecer (fl. 56).

Informações da autoridade coatora em 22.01.2013 (fls. 58/59), ratificadas em 06.02.2013 (fls. 62/63).

Instada a se manifestar, a douta Procuradoria Geral de Justiça, em 20.02.2013, opinou pela concessão da ordem e ratificação da liminar anteriormente deferida (fls. 65/71).

É o breve relatório.

VOTO

Como relatado, cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, ajuizado em sede plantão judiciário ocorrido no dia 25.12.2012, configurando como paciente ELINEUDO OLIVEIRA DA SILVA, em face de suposto ato ilegal praticado pelo Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Quixadá/CE.

Em síntese, alega o impetrante que o paciente foi denunciado por conduta tipificada no art. 121, § 2º, inciso II, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, relativo a fato ocorrido no dia 09.06.2011, tendo se apresentado espontaneamente, no dia 14.07.2012, junto a autoridade policial para prestar esclarecimentos, posteriormente, decreta sua custódia preventiva.

Na ocasião, aduz a ilegalidade da segregação pelos motivos elencados não serem condizentes com os ensinamentos previstos na legislação em vigor, havendo carencia de fundamentação no *decisum* guerreado.

No caso concreto, verifico que o paciente já ostenta outras 02 (duas) condenações criminais relativas ao crime de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal) e crime relacionado à antiga Lei do Sistema Nacional de Armas (art. 10, *caput*, da Lei nº 9.437/1997), mas tornou a delinquir, demonstrando desprezo com a vida humana, novamente atentando contra semelhante e com uso de arma de fogo.

Analisando a necessidade da segregação preventiva, a magistrada singular assim destacou:

> Decreto preventivo (fls. 21/22)
> Na denuncia do Ministério Público, foi solicitada a decretação da prisão preventiva do indiciado ELINEUDO OLIVEIRA SILVA, conforme disposto no art. 312 do CPP, a prisão preventiva será decretada para a garantia da ordem pública, para conveniência da instrução criminal ou para a segurança da aplicação da lei penal, desde que presentes os presupostos, quais sejam, prova da existência de crime e indícios suficientes de autoria. **Compulsando os presentes autos, percebe-se que os pressupostos estão fartamente comprovados, em especial, pelo envolvimento de ELINEUDO OLIVEIRA SILVA em outros crimes, conforme certidão de fls. 28/28v. Embora o acusado esteja respondendo a outros processos em liberdade, continua envolvido em ações delituosas, o que enaltece sua personalidade criminosa. Quanto ao fundamento da presente**

> **medida, evidencia-se este como forma de garantir a ordem pública e solidificar a credibilidade da justiça, procurando inibir a prática de outras condutas semelhantes.** (...).
> **Certamente, da forma como os fatos vêm narrados no presente caderno inquisitorial, poderá o indigitado, vir a cometer delitos da mesma natureza se a devida provisência não for adotada a tempo. Vê-se, ainda, que a conduta delitiva atribuída ao acusado enquadra-se naquelas descritas no art. 313, I, do CPP, ou seja, crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos. Por fim, não vislumbro nenhuma das hipóteses do art. 314, CPP, ou seja, casos de excludente de ilicitude.**
> Isto posto, determino, nos moldes da denuncia do Ministério Público, a decretação da prisão preventiva do acusado ELINEUDO OLIVEIRA SILVA, tendo em vista a necessidade de garantia da ordem pública e solidificação da credibilidade da justiça, repousando, aos autos do presente inquisitorial, provas da existência de crime e indícios suficientes de autoria, nos termos do art. 312, do CPP.

Logo, observo que o paciente é detentor de periculosidade, propenso a prática de ilicitudes da mesma estirpe, estando à segregação preventiva devidamente fundamentada diante da gravidade e do risco concretos de reiteração delitiva. Sobre o tema colaciono os recentes julgados da Corte Superior:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. ***HABEAS CORPUS.*** 1. **TENTATIVA DE HOMICÍDIO. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DO DECRETO DE PRISÃO. REITERAÇÃO CRIMINOSA.** 2. EXCESSO DE PRAZO. COMPLEXIDADE DO FEITO E ANDAMENTO REGULAR DO PROCESSO. NÃO OCORRÊNCIA. 3. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. 4. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. **A liberdade, não se pode olvidar, é a regra em nosso ordenamento constitucional, somente sendo possível sua mitigação em hipóteses estritamente necessárias. Contudo, a prisão de natureza cautelar não conflita com a presunção de inocência, quando devidamente fundamentada pelo juiz a sua necessidade, como é o caso dos autos.**
> 2. **No caso, as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação idônea para a manutenção da prisão cautelar, enfatizando a reiteração criminosa, circunstância essa ensejadora de risco à ordem pública, nos moldes do preconizado no art. 312 do Código de Processo Penal.**
> 3. *Omissis.* 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg no HC 247.074/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 15/02/2013)

> EMENTA: ***HABEAS CORPUS*** SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. **HOMICÍDIO TENTADO E AMEAÇA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO DA PRISÃO.** ORDEM NÃO CONHECIDA.
> 1. *Omissis.* 2. *Omissis.* 3. *Omissis.*

4. **A decisão que decretou a prisão preventiva do paciente está calcada em fatos concretos, tendo em vista a violência e modus operandi do paciente na prática criminosa do homicídio tentado, revelando-se indivíduo de periculosidade acentuada e cuja folha de antecedentes criminais evidenciam a necessidade de sua custódia para que se evite a reiteração criminosa.** 5. Habeas corpus não conhecido.
(HC 254.258/MG, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), SEXTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 18/12/2012)

EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM ***HABEAS CORPUS***. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE **HOMICÍDIO QUALIFICADO, CONSUMADO E TENTADO.** TESES DE EXCESSO DE PRAZO E FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO PARA PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA CONDENATÓRIA. **CUSTÓDIA CAUTELAR FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REITERAÇÃO CRIMINOSA.** RECURSO PARCIALMENTE PREJUDICADO E DESPROVIDO.
1. *Omissis.*
2. **As instâncias ordinárias, calcadas em elementos concretos, restaram convictas quanto à necessidade da segregação cautelar. O Recorrente é temido na localidade, ostenta maus antecedentes e foi preso em flagrante porque teria praticado homicídio e tentativa de homicídio, ao efetuar vários disparos em praça pública. Vale ressaltar que as vítimas não eram o alvo da ação criminosa, mas sim um menor de idade, com o qual o réu detinha rixa pessoal. Tais circunstâncias justificam a manutenção da custódia para a garantia da ordem pública, dado o risco concreto de reiteração delitiva.** 3. Recurso parcialmente prejudicado e, no restante, desprovido.
(RHC 31.584/PI, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)

EMENTA: ***HABEAS CORPUS*** IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. **HOMICÍDIO. PRISÃO CAUTELAR. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE - EVIDENCIADA PELO MODUS OPERANDI DO CRIME - E REITERAÇÃO DELITIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL PATENTE.** 3. ORDEM NÃO CONHECIDA.
1. *Omissis.*
2. **Inexiste ilegalidade manifesta a ser sanada mediante a concessão de habeas corpus de ofício, uma vez que a manutenção da segregação provisória está devidamente justificada na necessidade de resguardo da ordem pública, nos termos disciplinados no art. 312 do Código de Processo Penal, evidenciada tanto pela periculosidade concreta do paciente - extraída do modus operandi do crime - quanto pela**

> **reiteração delitiva.**
> 3. **Demonstrada a necessidade concreta da custódia cautelar, a bem do resguardo da ordem pública, as medidas cautelares alternativas à prisão, introduzidas pela Lei n.º 12.403/2011, não se mostram suficientes e adequadas à prevenção e à repressão do crime, razão pela qual são inaplicáveis à hipótese em análise.**
> 4. Habeas corpus não conhecido.
> (HC 256.957/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 17/12/2012)
>
> EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM ***HABEAS CORPUS.*** **HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. PREENCHIMENTO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE DO AGENTE. REITERAÇÃO DELITIVA.** CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. APLICAÇÃO DA LEI PENAL. FUGA DO DISTRITO DA CULPA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E CONSTITUCIONAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO IMPROVIDO.
> 1. **Não há falar em constrangimento ilegal quando a custódia cautelar está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade concreta do delito em tese praticado e da periculosidade do agente, bem demonstradas pelo modus operandi empregado.**
> 2. **Verifica-se a necessidade da custódia antecipada do recorrente, ainda, para fazer cessar a reiteração criminosa, pois consta dos autos que ele responde a outro processo pelo crime de tentativa de homicídio, circunstância que revela a sua propensão a atividades ilícitas, demonstra a sua periculosidade e a real possibilidade de que, solto, volte a delinquir.**
> 3. *Omissis*. 4. *Omissis*.
> 5. Recurso improvido.
> (RHC 32.773/PA, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 13/12/2012)

Logo, o fato de o paciente encontrar-se em liberdade e desconsiderar a credibilidade da Justiça denota a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade.

Na mesma vertente de que a periculosidade e o risco concreto de reiteração ao crime justificam sua segregação cautelar, esta Egrégia 1ª Câmara Criminal, à unanimidade, em julgado de minha relatoria, assim já se decidiu:

> EMENTA: HABEAS CORPUS. EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO MAJORADO. QUADRILHA OU BANDO ARMADO. PRISÃO PREVENTIVA. AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DELITIVA DO PACIENTE. ORDEM PÚBLICA AMEAÇADA. MEDIDA CAUTELAR. INADEQUAÇÃO

AO CASO CONCRETO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. ORDEM DENEGADA.
1. Paciente preso temporariamente em 08.06.2012, tendo a prisão temporária sido convertida em preventiva no dia 07.07.2012, acusado do cometimento dos crimes capitulados no art. 159, §1º e art. 288, parágrafo único, ambos do Código Penal.
2. **É idônea a fundamentação que mantém a custódia preventiva do paciente, notadamente pela periculosidade do agente e pelo risco concreto de reiteração delitiva, o que aduzem a necessidade de garantia da ordem pública, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, estando à prisão preventiva em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.**
3. **No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista que o paciente possui condenação de 06 (seis) anos de reclusão por crime de tráfico de drogas e diversas outras ações penais ainda em curso, sendo beneficiado com a liberdade provisória e tornando a delinquir.**
4. Constrangimento ilegal que não se configura.
5. Ordem denegada.
(Habeas corpus nº 0131738-55.2012.8.06.0000 - Relator: Paulo Camelo Timbó - Órgão Julgador: 1ª Câmara Criminal - Julgado em 27.11.2012)

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal se posiciona:

Como já decidiu esta Corte, **'a garantia da ordem pública, por sua vez, visa, entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, assim resguardando a sociedade de maiores danos'** (HC 84.658/PE, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJ 03.06.2005). **Nessa linha, deve-se considerar também o 'perigo que o agente representa para a sociedade como fundamento apto à manutenção da segregação'**. (HC 90.398/SP, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 17.05.2007).
(HC 106.788, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 31-5-2011, Segunda Turma, DJE de 4-8-2011) (negritei)

É certo que, para condenar penalmente alguém, o órgão julgador tem de olhar para trás e ver em que medida os fatos delituosos e suas coordenadas dão conta da culpabilidade do acusado. **Já no que toca à decretação da prisão preventiva, se também é certo que o juiz valora esses mesmos fatos e vetores, ele o faz na perspectiva da aferição da periculosidade do agente.** Não propriamente da culpabilidade. Pelo que o quantum da pena está para a culpabilidade do agente assim como **o decreto de prisão preventiva está para a periculosidade, pois é tal periculosidade que pode colocar em risco o meio social quanto à possibilidade de reiteração delitiva (cuidando-se, claro, de prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública).**
(HC 96.212, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 16-6-2010, Primeira Turma, DJE de 6-8-2010). (negritei)

Assim, resta presente o requisito ensejador da prisão cautelar, qual seja, a necessidade de garantia da ordem pública, aliada aos indícios de autoria e materialidade do crime, devidamente amparados nos fatos concretos extraídos dos fólios processuais.

No tocante a possibilidade de aplicação de medidas cautelares substitutivas da prisão, observo que as mesmas não se mostram suficientes e adequadas ao caso concreto, haja vista a personalidade criminosa do paciente, sendo beneficiado com a liberdade, mas tornando a delinquir, desconsiderando a credibilidade da Justiça, sendo necessária a sua segregação cautelar em prol da tutela à sociedade, razão pela qual a prisão preventiva encontra-se em conformidade com o disposto nos artigos 312 e 313, ambos do Código de Processo Penal.

Diante do exposto, em dissonância com o parecer ministerial, não vislumbro constrangimento ilegal, uma vez que a prisão está justificada e a decisão devidamente fundamentada, motivo pelo qual DENEGO a ordem impetrada, devendo ser revogada a liminar anteriormente deferida e mantida a fundamentação do magistrado de piso, devendo ser expedido mandado prisional após o trânsito em julgado deste *writ*.

É como voto.

Fortaleza, 05 de março de 2013.

Recurso Crime Em Sentido Estrito

PROC. Nº: 0012081-56.2011.8.06.0000 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: VARA ÚNICA DA COMARCA DE FARIAS BRITO-CE
RECORRENTE: ANTONIO SEVERIANO PEREIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL – TJCE.

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL – HOMICÍDIO SIMPLES – PRONÚNCIA – INCONFORMIDADE DEFENSIVA BUSCANDO A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA COM AMPARO NA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA – POSSIBILIDADE – PROVA JUDICIALIZADA EM PERFEITA SINTONIA COM A VERSÃO APRESENTADA PELO RÉU – EXCRIMINANTE COMPROVADA SATISFATORIAMENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I - Nos termos dos arts. 23 e 25 do Estatuto Penal Repressivo, inexiste crime quando o agente usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. É o instituto da legítima defesa que, devidamente configurado, implica na absolvição sumária do réu (art. 415, IV, CPP).

II – Na espécie, restou provado que o fato praticado pelo acusado teve como objetivo proteger a si mesmo de uma agressão por parte da vítima, chegando, inclusive a ser atingido por esta. Não seria, portanto, razoável exigir que permanecesse passivo diante do ataque sofrido. No mais, tenho que, apesar da vítima ter sido lesionada por três vezes, foram moderadamente utilizados os meios necessários à defesa, pois reagiu até o momento de cessarem as agressões .

III – Destarte, presentes os requisitos da legitima defesa(art. 25, do Código Penal), a absolvição é imperativa, tornando-se desnecessária e inoportuna a submissão do réu à loteria do Tribunal Popular do Júri.

IV – RECLAMO CONHECIDO E PROVIDO PARA PROCLAMAR A ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA DO RECORRENTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1a. Câmara Criminal do TJCE, à unanimidade, conhecer do recurso, negando-lhe provimento, nos termos do voto do eminente relator.

I - RELATÓRIO:

Antônio Severiano Pereira, inconformado com a decisão (fls. 236/238) que o pronunciou nas tenazes do art. 121, *caput,* do CP, por ter, consoante a acusação, no dia 05.10.2004, cerca de 15h30min, no distrito de Cariutaba, município de Farais Brito, neste Estado, assassinado, a golpes de faca, Anunciado Manoel Antônio, interpõe ***recurso stricto sensu***(fls. 240/251), requerendo a absolvição sumária, sob o argumento de que teria agido sob o pálio da excriminante da legítima defesa própria.

Contrarrazoando, o Ministério Público pugna pela manutenção da decisão, consequente improvimento do reclamo (fls. 255/258).

Nesta instância, a Procuradoria Geral de Justiça, opinou pelo conhecimento e desprovimento da irresignação (fls 286/289).

Determinei baixa dos autos em diligência à Comarca de origem para os fins do art. 589, CPP (fl.293).

Cumprida a ordem (fl. 298), ascenderam os fólios.

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

II – VOTO:

Busca o pronunciado por homicídio simples, a reforma do decisório de primeiro grau, para que seja absolvido sumariamente, porquanto comprovado configurada, a seu ver, legítima defesa.

Cabível e tempestivo, conheço do recurso.

A meu sentir, assiste razão ao recorrente.

Destaco, inicialmente, que, na espécie, **materialidade e autoria delitiva,** imprescindíveis à admissibilidade da acusação, **são inquestionáveis.**

No entanto, sustenta o réu ter agido acobertado pelo manto da legítima defesa própria, descrevendo assim a cena delituosa:

> "[...] que não existia desavenças anteriores entre o depoente e a vítima; que a vítima pela manhã já estava embriagada e ameaçava o depoente; que no meio da rua, a vítima ameaçou o depoente de morte; que a vítima estava embriagada, portando uma faca peixeira e onde o depoente ia, a vítima ia

> atrás, sempre o ameaçando; que o depoente não conversou com a vítima; que a vítima estava armada também de espingarda caseira; que a vítima, em dado momento, em frente ao bar de seu Mendes, puxou a faca para o depoente e tentou furá-lo, chegando a rasgar sua blusa; que o depoente se saiu; que o depoente se armou de uma faca, a qual pegou na casa de um tio; que depois o depoente se encontrou com a vítima atrás da igreja; que não foi o depoente quem foi atrás da vítima, pelo contrário, foi a vítima quem estava a procura do depoente, desta feita já armado com uma espingarda; que a vítima deu um tiro contra o depoente, atingindo-o no joelho; que o depoente caiu e a vítima começou a esfaquear o depoente; que o depoente recebeu três facadas, duas no braço e uma no peito, a qual perfurou o pulmão do depoente, tendo o depoente passado trinta dias hospitalizado; que o depoente entrou em luta corporal com a vítima, conseguindo dominá-lo, tomando sua faca e atingindo com uma facada no abdome; que a vítima caiu no chão, desfalecido; que o depoente deu umas poucas passadas e também desmaiou, acordando no hospital do Crato; [...]" - **(interrogatório judicial – fl. 95).**

Como se sabe, nos termos dos arts. 23 e 25 do Estatuto Penal comum, inexiste crime quando o agente, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem.

Por sua vez, dispõe o art. 415, inc. IV, da Lei Processual Penal, que o magistrado deverá absolver, desde logo, o acusado quando demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

A legítima defesa, uma das hipóteses de exclusão da ilicitude, consoante ensinamento de Guilherme de Sousa Nucci, *"é a defesa necessária empreendida contra agressão injusta, atual ou iminente, contra direito próprio ou de terceiro, usando, para tanto, moderadamente, os meios necessários"* (*In,* **Código penal comentado.** 11. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 259).

No caso concreto, convenço-me de que, apesar de típica a conduta, esta não se reveste de antijuridicidade porquanto agrediu a vítima iniciou a injusta agressão.

Com efeito, apesar de inexistirem testemunhas oculares, toda prova judicializada produzida confirma a versão apresentada pelo réu, no sentido de ter agido somente com a intenção de se defender, haja vista que o ofendido, armado, lhe perseguia com o intuito de lhe matar e, acaso não tivesse repelido, certamente perderia seu bem jurídico mais valioso, qual seja, sua própria vida.

Confira-se:

> "[…] que disseram que a vítima tinha saído para matar o réu, tendo o mesmo tomado a faca da vítima e a matado; que o acusado ficou ferido e foi socorrido no hospital desta cidade; [...]"
> (testemunha Cícero André Luismário da Silva – fl. 189).

> "[…] que segundo comentários, a vítima estava a procura do acusado para matá-lo; que quando os dois se encontraram no meio da rua, a vítima tentou

> matar o réu, mas não conseguiu, tendo o réu matado a vítima; que depois o depoente soube que o réu foi atingido pela vítima com um tiro no joelho; […]"
> **(**Antônio Freire de Lima – testemunha – fl. 190).
>
> "[...] que diziam também que a vítima estava atrás do réu para matá-lo e que o acusado se defendeu; [...]"
> (depoimento de Antônia Irismã Primo Mendes – fl. 191).
>
> "[...] que os comentários na rua, naquele dia, era de que o réu, Josué, era quem tinha matado a vítima; que depois soube que o motivo da morte era porque a vítima estava perseguindo o réu e este matou para se defender; [...]"
> **(**Laurismar da Silva Ferreira – fl. 192).
>
> "[...] que os comentários era que o réu foi quem matou a vítima; que ouviu dizer que desde a manhã do crime a vítima perseguia o réu para matá-lo; que a depoente visitou o réu no hospital e este estava ferido no joelho e com uma furada no braço;[...]"
> (testemunha Antônia Alves Pereira da Silva – fl. 193).
>
> "[...] que segundo ouviu falar, a vítima foi assassinada pelo acusado; que o depoente ouviu falar que a vítima atacou o acusado primeiro, com uma faca, tendo o réu tomado a faca da vítima e a matado; que o réu tentou fugiu, mas na passagem da barragem, faltou-lhe forças, pois o mesmo estava ferido, e o depoente o ajudou, colocando-o no carro para transportá-lo para o hospital; […] que soube de ouvir falar que a vítima estava perseguindo o réu, no dia do crime; que ouviu dizer que houve disparos de arma de fogo; ***que o réu tem comportamento de péssima qualidade e se alguma vez teve razão na vida foi dessa vez;*** […]"
> (Stênio de Alcântara Seabra – fl. 209) – destaquei.
>
> "[...] que ouviu dizer que a vítima tinha corrido atrás do réu para matá-lo, pela manhã naquele dia; que quando o depoente retornou da roça a tarde soube da morte da vítima; que ouviu dizer que a arma utilizada pelo réu era da vítima; ***que o acusado passou o dia correndo da vítima, para evitar o confronto; que o réu foi ferido pela vítima;*** [...]"
> (Francisco Pereira da Silva – fl. 210) – grifo nosso.

Como vimos, restou provado que o fato praticado pelo acusado teve como motivo se proteger de uma agressão do antagonista, chegando, inclusive a ser atingido por esta. Não seria, portanto, razoável exigir que o réu permanecesse passivo diante do ataque sofrido. O Direito não contempla a covardia.

No mais, tenho que, apesar da vítima ter sido lesionada por três vezes, foram moderadamente utilizados os meios necessários à defesa, pois reagiu até o ponto de cessarem as agressões .

Presentes os requisitos da legitima defesa, elencados no art. 25, do Código

Penal, a absolvição é imperativa, tornando-se desnecessária e inoportuna a submissão do réu à loteria do Tribunal Popular do Júri, um inegável constrangimento, além disso.

Nesse sentido:

> Sendo indiscutível que o réu agiu em legítima defesa, não só diante da prova testemunhal, mas também da pericial, é de todo inconveniente prolongar-se desnecessariamente o feito para submeter o acusado ao julgamento do Tribunal do Júri, onde, certamente, a excludente será agasalhada, impondo-se a absolvição sumária
> (TJMG – RECURSO Nº 1.0153.03.028083-0, Rel. Des. José Antonino Baía Borges, j. 19.07.2007).
>
> Revelando o conjunto probatório ter a acusada, sem excesso – nas circunstância – no emprego do meio que dispunha, agido apenas para se defender de agressão injusta e atual perpetrada pela vítima, resta caracterizada excludente da ilicitude, a autorizar, nos termos do art. 415, IV, do Código de Processo Penal, sua absolvição sumária.
> (TJPR – 1a. Câmara Criminal – RSE 0580911-2 – Rel. Des. Telmo Cherem, j. 08.10.2009).
>
> Fluindo do conjunto probatório, hialina conduta moderada da agente, de repulsa a injusta agressão que sofria, resta configurado a excludente da legítima defesa, o que implica na absolvição sumária, nos termos do art. 415, IV, CPP. Recurso Provido.
> (TJMG – 7a. CÂMARA CRIMINAL – RSE n. 1.0479.05.094790-8/001 – Rel. Des. Cássio Salomé, j., 19.05.2011).

Na vertência, forçoso reconhecer que a decisão fustigada merece reparo, visto que o ato do acusado, malgrado a consequência, encontra-se abraçado pela dirimente da defesa legitimada.

III – DISPOSITIVO:

Diante do exposto, preenchidos os pressupostos da legítima defesa, que exclui a ilicitude do fato praticado pelo agente, em discordância com o parecer da PGJ, **provejo o recurso**, para **absolver sumariamente** o recorrente, o que faço fulcrado no art. 415, IV, do CPP c/c arts. 23 e 25 do Código Repressivo Penal.

É como voto.

Fortaleza, 23 de outubro de 2012.

PROCESSO: 0016480-63.2011.8.06.0151 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
RECORRENTE: DJANE ALVES DE OLIVEIRA
RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE LEGÍTIMA DEFESA. NECESSIDADE DE PROVA INCONTESTE DE SUA OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL. APRECIAÇÃO PELOS JURADOS.

1. A sentença de pronúncia deve comportar, basicamente, o juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência de prova da materialidade do ilícito e suficientes indícios de autoria.

2. A absolvição sumária do art. 415 do CPP só tem lugar quando a excludente de antijuridicidade desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Júri, juiz natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional. No mesmo sentido: "Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária, a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos".(STF, RTJ 63/833, Rel. Min. Celso de Melo).

3. As declarações da vítima e testemunhas sobre a dinâmica dos fatos são suficientes, nesta fase, para concluir pela presença de intenção de matar.

4. Recurso improvido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso crime em sentido estrito, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Turma julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, CE, 18 de março de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso crime em sentido estrito, interposto pelo recorrente nomeado à epígrafe, contra decisão que o pronunciou pelo suposto cometimento de homicídio duplamente qualificado de Ariderson Gleyton Pereira de Queiroz e pela tentativa de homicídio qualificado de Juliana Delfino de Oliveira Silva.

Pretende o recorrente a sua absolvição sumária em relação à primeira vítima e pela desclassificação de sua conduta para lesão corporal culposa, em relação à segunda vítima.

Contra-arrazoando o recurso, o representante do órgão ministerial pugnou pelo seu improvimento.

Consta do caderno processual decisão da autoridade processante que manteve a decisão de pronúncia em todos os seus termos.

Parecer da PGJ pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, ensejando o seu conhecimento.

Conforme relatado, insurge-se Djane Alves de Oliveira contra decisão que o pronunciou pelo suposto cometimento de homicídio duplamente qualificado de Ariderson Gleyton Pereira de Queiroz e pela tentativa de homicídio qualificado de Juliana Delfino de Oliveira Silva.

Alega, quanto ao homicídio qualificado, que teria agido sob o pálio da legítima defesa, requerendo, em relação a esse delito, a sua absolvição sumária. Quanto à tentativa de homicídio, sustenta a ausência de animus necandi motivo pelo qual requer a desclassificação da imputação para lesão corporal culposa.

O pleito não merece acolhida.

Narra a denúncia que na noite anterior ao fatídico dia, num forró do Gildo Simplício, o denunciado e a vítima se desentenderam por causa do pagamento de uma cerveja, sem chegar, contudo, às vias de fato. Entretanto, na saída da festa, em uma carona com o Sr. Francisco José, conhecido por "Cabeludo", em um novo desentendimento, chegaram às agressões físicas.

Após a briga, o denunciado, ora recorrente, desceu do carro e seguiu seu caminho num mototáxi, tendo as vítimas seguido adiante para continuar a bebedeira no Bar da Tieta.

Nesse ínterim, o agressor foi à sua casa, armou-se de um revólver e foi ao encontro das mesmas. Lá chegando, perguntou ao Ariderson se "ainda estava valendo", passando em seguida a desferir-lhes vários tiros.

Que o primeiro tiro atingiu o mesmo no rosto, vindo este a cair no chão, tendo sido alvejado ainda por mais três balaços. Sua companheira, na tentativa de impedir o prosseguimento da ação, foi também atingida com dois tiros. A primeira vítima ainda foi socorrida, mas já chegou ao hospital sem vida, e a segunda, após os cuidados médicos, sobreviveu aos ferimentos.

A materialidade está demonstrada pelo laudo de exames de corpo de delito e a autoria, pelas provas colhidas em instrução.

Nesse diapasão, a sentença de pronúncia deve comportar, basicamente, o juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência de prova da materialidade do ilícito e suficientes indícios da autoria. Consoante doutrina e jurisprudência, deve ser evitado o exame aprofundado da prova, a fim de não contaminar o convencimento dos juízes naturais da causa.

Sendo, assim, um mero juízo declaratório e provisório sobre a admissibilidade da acusação, a decisão de pronúncia, no tocante à autoria, "não necessita chegar à formação de um convencimento absoluto, devendo ficar, no tocante à explicação, limitado à apresentação de dados que representem indícios de ser o acusado o autor dos fatos descritos pela inicial, dados que justifiquem a possibilidade de ser a autoria reconhecida pelos jurados".

Vale destacar, inicialmente, que a tese de legítima defesa, levantada pelo recorrente, não restou devidamente comprovada nos autos, não se prestando, portanto, para a absolvição sumária reivindicada, dado não se configurar a hipótese prevista no art. 415 do CPP.

Veja-se o teor da norma acima mencionada:

> Art. 415 CPP: O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando:
> I – provada a inexistência do fato;
> II – provado não ser ele autor ou partícipe do fato;
> III – o fato não constituir infração penal;
> IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime.

Consoante a legislação processual vigente, para que o acusado seja absolvido sumariamente, faz-se necessário que exista prova inconteste da apontada excludente de ilicitude, o que inocorre na espécie, devendo ser os recorrentes submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, isso porque, quando da decisão de pronúncia, impera o princípio do *in dubio pro societate.*

Acerca da matéria, convém destacar os seguintes julgados:

> TJAP: Sem prova incontroversa da excludente de legítima defesa, não se há cogitar em absolvição sumária, mas sim em pronúncia, para submeter o agente a julgamento pelo Tribunal do Júri, máxime ante robusta prova da materialidade e autoria em crime de homicídio simples (art. 121, *caput*). Recurso improvido.

> (RDJ 8/416).
>
> TJSP: "A absolvição sumária do art. 411 do CPP só tem lugar quando a excludente de culpabilidade desponte nítida, clara, de modo irretorquível, da prova dos autos. Mínima que seja a hesitação da prova a respeito, impõe-se a pronúncia, para que a causa seja submetida ao Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida, por força de mandamento constitucional."
> (RT 656/279). No mesmo sentido STF: RTJ 63/833, 61/344; TJMG: RT 533/381-2, 543/402; TJSP: 503/328, 514/348, 532/338, 534/328, 564/326, 655/275, 735/580.

Veja-se, também, o que decidiu o STF:

> "Para ser reconhecida na fase da absolvição sumária a legítima defesa deve resultar estreme de dúvida da prova dos autos".
> (STF, RTJ 63/833, Rel. Min. Celso de Melo).

Há que se acrescentar que a sentença de pronúncia deve comportar, basicamente, o juízo de admissibilidade da acusação, adstrito à existência de prova da materialidade do ilícito e suficientes indícios da autoria ou participação.

Guilherme de Souza Nucci ***in*** '*Código de Processo Penal Comentado'*, 8ª ed. São Paulo, RT, 2008, pág. 744/745, ensina que:

> "Logicamente, cuidando-se de um juízo de mera admissibilidade da imputação, não se demanda certeza, mas elementos suficientes para gerar dúvida razoável no espírito do julgador".

No caso dos autos, perquirindo-se os elementos para a prolação da decisão de pronúncia, vale dizer, a existência do crime e indícios de autoria, verifica-se acertada a decisão do juízo singular que admitiu a acusação em face do recorrente, declarando a necessidade de submetê-lo a julgamento perante o Tribunal do Júri, juiz natural dos crimes dolosos contra a vida (CF, art. 5º, XXXVII).

Da mesma forma, a versão de ausência da intenção de matar não encontra amparo nos elementos dos autos. Embora vedado o exame aprofundado da prova, as razões da defesa autorizam examiná-la para que se verifique a existência dos requisitos autorizadores da pronúncia.

Há indícios suficientes de que o recorrente tentou ceifar a vida de Juliana Delfino de Oliveira Silva. Ademais, na fase do judicium accusationis, está o magistrado limitado à demonstração de que se acha convencido da existência do crime e dos indícios de autoria, sem aprofundar-se sobre as provas produzidas, o que se reserva aos jurados em posterior julgamento.

A desclassificação é possível, mas só quando o conjunto probatório demonstrar, de forma peremptória, tratar-se de delito diverso aos afetos do Tribunal do

Júri. Não se pode subtrair ao juízo natural dos crimes dolosos contra a vida o julgamento dos delitos de sua competência, a não ser em hipóteses inequívocas, o que não é o caso. Acrescente-se que o magistrado examinou com percuciência a prova e corretamente concluiu pela pronúncia do réu, máxime por vigorar nesta fase o princípio do in dubio pro societate.

Assim, havendo suficientes indícios de autoria e comprovada a materialidade do crime contra a vida, requisitos necessários para a formação do juízo de admissibilidade para levar o recorrente a júri, inviáveis a absolvição sumária e a desclassificação almejadas.

É como voto.

Fortaleza, CE, 18 de março de 2013.

PROCESSO Nº: 0001948-94.2008.8.06.0117 - RECURSO EM SENTIDO ESTRITO
JUÍZO DE ORIGEM: 3ª. VARA DA COMARCA DE MARACANAÚ/CE.
RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RECORRIDO: DIEGO EZEQUIEL
ÓRGÃO JULGADOR: 1ª. CÂMARA CRIMINAL
RELATOR: DES. FRANCISCO PEDROSA TEIXEIRA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL – ART. 16 DA LEI Nº 10.826/03 (PORTE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÃO DE USO RESTRITO) – EXTINÇÃO DE PUNIBILIDADE – IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL - CONDUTA NÃO ACOBERTADA PELA EXCEPCIONAL *VACATIO LEGIS* INDIRETA PREVISTA NOS ARTS. 30 E 32 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

Na espécie, o recorrido foi flagrado, em 22.04.2008, portando munição de uso restrito ou proibido, configurando a conduta tipificada no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 – porte de arma de fogo ou munição de uso restrito – hipótese que não se encontra acobertada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos arts. 30 e 32 da lei de repressão às armas de fogo. Destarte, considerada típica a conduta, não há que se falar em causa extintiva da punibilidade, devendo os autos RETORNAR ao juízo de origem para regular prosseguimento do feito.

DECISÃO CASSADA - 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, nos termos do voto do eminente relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público, contra decisão do MM. Juiz de Direito da 3a. Vara da Comarca de Maracanaú que **declarou extinta a punibilidade** de DIEGO EZEQUIEL, nos termos do art. 107,

III, do CP, por entender que a conduta descrita no art. 16 da Lei n. 10.826/03, estava abrangida pela *abolitio criminis* temporária prevista nos arts. 30 a 32 do Estatuto do Desarmamento, sendo considerada atípica.

Sustenta o *Parquet* (fls. 89/92), que o crime atribuído ao recorrido é o de porte ilegal de arma ou munição de uso proibido ou restrito (art. 16, da Lei 10.826/03), não contemplado pelos prazos (*vacatio legis)* previstos nos arts. 30 e 32 da Lei Especial, postulando a reforma do *decisum.*

Contrarrazoando (fls. 99/121), a defesa arguiu preliminar de inépcia da denúncia, sustentando que dela não se consegue extrair qual a conduta atribuída ao acusado, impedindo o exercício da ampla defesa. No mérito, busca a confirmação da decisão hostilizada.

Decisão mantida (fl. 98), subiram os autos e, nesta instância, a Dra. Lúcia Maria Bezerra Gurgel, Procuradora de Justiça, opinou pelo afastamento da preliminar e, meritoriamente, pelo conhecimento e provimento (fls.127/134).

Feito que independe de revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade.

A priori, examino a preliminar de inépcia da denúncia, levantada pela defesa, ao argumento de que a inicial acusatória não descreveu, com precisão, qual a conduta praticada pelo recorrente. Razão não lhe assiste, todavia.

Exsurge da leitura da delatória a descrição, ainda que sucinta, da situação fática que ensejou o evento criminoso(art. 41, CPP). O réu, no dia 22 de abril de 2008, por volta das 2h45min, fora abordado por policiais militares, na rua 12, esquina com a Rua 5, Conjunto Jereissati I, na Cidade de Maracanaú, portando quatro(04) cartuchos calibre 9mm, suficiente, portanto para a caracterização da conduta elencada no art. 16 da Lei n. 10.826/2003 (Porte ilegal de munição de uso restrito ou proibido).

A meu sentir, a exposição do fato criminoso pelo órgão acusatório possibilitou ao denunciado o pleno conhecimento da imputação, permitindo o pleno exercício da ampla defesa.

Rejeito, pois, a preliminar suscitada.

No mérito, impõe-se o acolhimento do inconformismo.

Com efeito, a Lei n. 10.826/03, em seus artigos 30 a 32, estipulou um prazo (180 dias) para que os possuidores de arma de fogo regularizassem sua situação ou entregassem a arma às autoridades competentes. Esse prazo iniciou-se em 23.12.2003 e teve seu termo final prorrogado até 23.10.05 (Lei 11.191/2005), no tocante à posse irregular de arma de fogo ou munição de uso permitido e restrito ou proibido.

Posteriormente, foi **prorrogado até 31.12.2008** (cf. MP n. 417, de

31.01.2008, convertida na Lei 11.706, de 19.06.2008, que conferiu nova redação aos arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento). Todavia, **alcançando somente os possuidores de arma de foro e munição de uso permitido.** Finalmente, com a Lei n. 11.922/09, tal prazo foi prorrogado até 31.12.2009.

Na espécie, o **recorrido foi flagrado, em 22.04.2008**, portando munição de uso restrito ou proibido, configurando a conduta tipificada no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, hipótese que não se encontra acobertada pela excepcional vacatio legis indireta prevista nos arts. 30 e 32 da lei de repressão às armas de fogo.

Nesse sentido, vejamos o entendimento jurisprudencial:

> A nova redação dada aos dispositivos legais pela Medida Provisória n. 417, convertida na Lei 11.706/2008, prorrogou até o dia 31 de dezembro de 2008 apenas o prazo para a regularização de armas de fogo de uso permitido, não contemplando as armas e munição de uso restrito, como no caso dos autos, em que o Paciente foi flagrado na posse de munições de uso restrito, no dia 23 de setembro de 2006.
> (STJ – 5a. TURMA – HC 123573/RJ, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 22.06.2010).
>
> […] É considerada atípica a conduta relacionbada ao crime de posse de arma de fogo, seja de uso permitido ou de uso restrito, incidindo a chamada abolitio criminis temporária nas duas hipóteses, se praticada no período compreendido entre 23 de dezembro de 2003 a 23 de outubro de 2005. Contudo, este termo final foi prorrogado até 31 de dezembro de 2008 somente para os posuidores de arma de fogo de uso permitido (art. 12), nos termos da Medida Provisória n. 417 de 31 de janeiro de 2008, que estabeleceu nova redação aos arts. 30 a 32 da Lei n. 10.826/03, não mais albergando o delito previsto no artigo.
> (STJ – 5a. TURMA – HC 161876/GO, Rel. Min Jorge Mussi, Dje 04.10.2010).. 16 do Estatuto – posse de arma de uso proibido ou restrito."

Por pertinente, reproduzo o dispositivo legal que, com redação dada pela Medida Provisória 417/2008, mitigou a possibilidade de extensão da "atipicidade momentânea" à posse de arma de fogo de uso permitido, *in verbis:*

> "Art. 30. Os possuidores e proprietários de armas de fogo de fabricação nacional, **de uso permitido e não registradas**, deverão solicitar o seu registro até o dia 31 de dezembro de 2008, apresentando nota fiscal de compra ou comprovação da origem lícita da posse, pelos meios de prova em direito admitidos, ou declaração firmada na qual constem as características da arma e a sua condição de proprietário. ".(Redação dada pela Medida Provisória nº 417, de 2008, convertida na Lei 11.706/08).

Destarte, deve ser considerada típica a conduta praticada pelo recorrido em 22.04.2008, portar munição de uso restrito (art. 16 do Estatuto do Desarmamento). Logo, não há que se falar em causa extintiva da punibilidade.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, em consonância com o parecer da douta PGJ, afasto a preliminar de inépcia da vestibular acusatória, e no mérito, casso a decisão singular que declarou extinta a punibilidade do recorrido, determinando o normal prosseguimento do feito.

É como voto.

Fortaleza, 17 de abril de 2012.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação de indenização – desistência de ação monitória – responsabilidade do sócio-administrador não configurada – danos materiais e morais não demonstrados – inexistência da obrigação de indenizar – ausência do nexo de causalidade.....152

Acidente do trabalho – auxílio acidente e aposentadoria por invalidez – acidente ocorrido anteriormente à vigência da Lei nº 9.528/97 – princípio *tempus regit actum* – precedentes do STJ e Turma de Unificação do TRF.....158

Administração de imóvel para locação – cláusula de garantia "del credere" - débitos deixados pelos inquilinos – responsabilidade da administradora.....116

Arrendamento mercantil – reintegração de posse – extinção do feito sem solução do mérito – vício apresentado pela petição inicial – impossibilidade – obrigatoriedade de se dar oportunidade à parte de regularizar o vício – Art. 284, do CPC – princípio instrumental do processo – desconstituição do *decisum a quo*.....146

Choque elétrico – Coelce – menor impúbere – perda de membros – responsabilidade civil – indenização por danos morais, materiais e estéticos – nexo causal demonstrado – dever de indenizar.....46/47

Cobrança de aluguel – ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de aluguéis – alegação não procedente de cobrança de valores sem previsão legal – réu que pede a purgação da mora, não o fazendo – descumprimento de obrigação – ausência de prova em contrário.....202

Concurso público – candidato não aprovado dentro do número de vagas – Lei posterior ao edital criando novas vagas – apelante que atingiu a pontuação mínima na 1ª fase do certame, não se classificando dentro do limite para convocação na 2ª etapa do concurso – não obrigatoriedade da administração pública vincular-se à Lei posterior à publicação do edital.....43

Contrato de mútuo – julgamento antecipado – possibilidade – matéria unicamente de direito – planilha de débito não atualizada até a propositura da ação – extinção – descabimento – juros remuneratórios mensais – limitação constitucional e da Lei da Usura – inaplicabilidade do § 3º, do Art. 192, da C.F. - capitalização mensal – impossibilidade – ausência de expressa previsão contratual.....125/126

Contrato de promessa de compra e venda de imóvel – inadimplemento contratual – rescisão do contrato – danos morais – inexistência.....84

Contrato de seguro – sinistro – pedido de cobertura – pagamento – subsequente ação indenizatória proposta pelo segurado – incompletude da indenização securitária.....15

Contrato de transporte aéreo – atrasos e acomodamento em outra companhia aérea – extravio de bagagem – *over booking* – responsabilidade civil objetiva e solidária das companhias aéreas – inaplicabilidade da convenção de Varsóvia – aplicação do CDC – danos materiais e morais devidos.....244/245

Contribuição previdenciária social – tributo federal – retenção pelo Estado do Ceará – interesse da União – existência – competência da Justiça Federal.....169

Embargos à execução – tese de cerceamento de defesa – inocorrência – prescrição – inexistência – liquidez do título – escrita contábil da empresa e documento em que se constata a existência da dívida objeto da execução.....221

Execução de alimentos – sentença que extinguiu o processo de execução por adimplemento da obrigação – juntada de documentos essencial para o deslinde da causa sem intimação da parte exequente – ofensa ao Art. 398, do CPC – ausência do contraditório e cerceamento de defesa – sentença anulada.....95

Furto de cartão de crédito – culpa exclusiva de terceiro – inexistente – defeito na prestação de serviço – cobrança indevida – inscrição em cadastro restritivo de crédito – responsabilidade objetiva – dever de indenizar por perdas e danos.....173/174

Imissão de posse – servidão administrativa – implantação de linha de transmissão – preliminar de incompetência da justiça comum afastada – aplicação da Súmula nº 150, do STJ – alegação de indenização em valor inferior ao prejuízo infligido – improcedência – laudo pericial – motivo de força maior.....120/121

Imóvel municipal – manutenção de posse – permissão de uso – natureza precária e discricionária – revogação – inexistência de direito indenizatório.....38

Investigação de paternidade – nova perícia – impossibilidade ante a ocorrência de preclusão – confronto entre a perícia genética pelo DNA e prova testemunhal – prevalência da prova técnica.....91

IPTU – fato gerador – Art. 146, III, "A", C.F/88 – Lei Complementar – CTN – Lei de normas gerais – construção – imóvel por acessão física – competência do município que compreende a competência legislativa respectiva – Art. 103, § 3º, da Lei nº 4.144/72 (Código Tributário Municipal) – fato gerador da parte construída na data da concessão do habite-se ou da efetiva ocupação – legalidade.....137/139

Locação de imóvel não residencial – contrato com previsão de renovação automática – ação renovatória – interesse processual ausente – contrato renovado por prazo determinado – despejo por denúncia vazia – impossibilidade.....239

Locação de imóvel rural – fins comerciais – aplicabilidade da Lei nº 8.245/91 – precedentes – notificação extrajudicial para proceder alteração contratual – impossibilidade – necessidade da via processual para revisão de aluguel.....101

Pensão por morte – diferenças de proventos – preliminar de julgamento *extra petita* não configurado – prescrição – não ocorrência – relação de trato sucessivo – inteligência da Súmula nº 85, do STJ.....195

Possessória – reintegração de posse – imóvel financiado - "contrato de gaveta", entre os novos adquirentes e os anteriores – posse anterior não demonstrada pela parte autora.....206

Prisão ilegal – responsabilidade civil do Estado – inquérito realizado no âmbito da Polícia Federal – competência da Justiça Federal – improcedência ante a ausência de interesse da União – Art. 109, da Constituição Federal.....107/108

Reintegração de posse – intempestividade do apelo interposto antes do julgamento dos embargos de declaração – inocorrência – extemporaneidade dos aclaratórios – nulidade da decisão que os proveu – requisitos necessários à concessão da tutela possessória não demonstrados – improcedência.....229

Roubo de veículo em estacionamento de supermercado – conjunto probatório insuficiente para caracterização da responsabilidade objetiva da empresa.....216/217

Servidores públicos – previdenciário e administrativo - averbação do tempo de serviço prestado em atividade insalubre – regime estatutário – condições especiais – admissibilidade – omissão legislativa reconhecida pelo STF – insalubridade comprovada.....25

Substância depositada na via pública que causa queimaduras em transeuntes – empresa de refrigerantes – prova testemunhal que aponta a procedência do material – laudo que não descarta a possibilidade de que o material seja produzido pela empresa – nexo causal existente – danos morais e estéticos presentes – possibilidade de cumulação – Município – ato omissivo – responsabilidade objetiva – limpeza pública.....181/183

Transporte coletivo – gratuidade – Lei Complementar nº 57/2008, do Município de Fortaleza – negativa de concessão – indivíduo com deficiência mental – reconhecimento por exame médico realizado pelo próprio recorrente – apelado aposentado por invalidez junto ao INSS – direito líquido e certo reconhecido.....78

Transporte marítimo internacional – ação de cobrança – cláusulas abusivas – não ocorrência – inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor – atraso na devolução do contêiner – demurrage/sobrestadia – inadimplemento contratual.....32/33

Usucapião – posse – inexistência – incidente declaratório de coisa julgada – procedência – imóveis distintos – não comprovação pela análise da perícia – administração do imóvel – tolerância – escritura de comodato que não induz posse – ausência de requisitos – não comprovação da prescrição aquisitiva.....66

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Acidente de trânsito – ação de indenização – propositura contra empresa concessionária do serviço público essencial de transporte coletivo e o motorista do ônibus – litisconsórcio passivo necessário – adoção do rito ordinário – conversão para o procedimento sumário – revelia do có-réu.....272/273

Contrato firmado entre empresas – ausência de hipossuficiência – exceção de incompetência relativa – foro de eleição – inaplicabilidade das regras de proteção consumeristas a qualquer das partes.....269

Controle difuso de constitucionalidade – pedidos idênticos na ação original e no recurso – impossibilidade de apreciação – supressão de instância – formalidade da decisão – requisitos observados – manutenção da liminar.....263

Dissolução de sociedade – cumprimento dos deveres da liquidante – inexistência de provas – venda indiscriminada de bens – indícios de irregularidade – interdito proibitório – obtenção do bem de forma irregular – alvarás judiciais elaborados em desconformidade legal – posse injusta – reintegração de posse – indisponibilidade e intransferibilidade dos bens societários.....291/293

Energia elétrica – ICMS – demanda contratada – parcela não consumida de energia elétrica – Súmula nº391, do STJ – incidência sobre o valor da tarifa efetivamente utilizada.....253/254

Plano de saúde privado – atendimento *home care* por profissionais especializados na área de saúde – possibilidade – alegação de ausência de previsão contratual dos procedimentos liminarmente concedidos – irrelevância.....277/278

Servidor público – Lei municipal que instituiu contribuição para custeio de assistência à saúde – servidores ativos, inativos e pensionistas – caráter compulsório – vedação – inteligência dos Arts. 40, *caput*, e 149, § 1º, da Constituição Federal – precedentes....257

Servidor público municipal – plano de cargos e carreiras – ausência de direito adquirido a regime jurídico – tema pacificado – impossibilidade da novel legislação acarretar redução vencimental – vigência do Art. 37, XV, da C.F. - inaplicabilidade da disposição constitucional prevista na parte final do inciso VI, do Art. 7º – destinação aos trabalhadores urbanos e rurais e não aos servidores públicos.....285/286

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Furto qualificado – concurso de agentes – pleito de absolvição – possibilidade - fragilidade de provas a sustentar a condenação – aplicação do princípio *in dubio pro reo*.....351

Furto qualificado – inépcia da denúncia – não configuração – descrição do fato dito criminoso e todas as circunstâncias inerentes – compreensão da acusação, possibilitando o pleno exercício de defesa – princípio da insignificância – inaplicabilidade.....341

Homicídio duplamente qualificado – alegação de ser inidôneo o agravamento da pena-base pelos supostos maus antecedentes do apelante e não aplicação da atenuante da menoridade relativa – inexistência de condenação anterior aos fatos narrados na denúncia – Súmula nº 444, do STJ – aplicação – redução – reconhecimento da atenuante.....362/363

Homicídio qualificado – motivo fútil – insurgência contra o reconhecimento de circunstâncias qualificadoras e contra a dosimetria da pena imposta – opção dos jurados por uma das versões constante nos autos com base nos elementos de prova produzidos – conduta social desfavorável – Súmula nº 444, do STJ – aplicação – redução da pena-base.....335/336

Homicídio qualificado – preliminar de cerceamento de defesa pela não oitiva de testemunha – ausência de prejuízo – dosimetria da pena e inclusão de circunstâncias atenuante – menoridade – procedência.....348

Homicídio qualificado – tentativa – absolvição – recurso do Ministério Público – flagrante dissonância entre o veredicto do júri e os elementos de convicção colhidos durante a instrução processual – ocorrência – cassação autorizada da sentença.....318

Latrocínio – tese negativa de autoria – impossibilidade – prova em harmonia com os demais elementos de convicção – crime hediondo – inconstitucionalidade relativa ao regime prisional – modificação, *ex officio*, para permitir progressão – Súmula nº 471, do STJ.....322

Porte ilegal de arma de fogo e fornecimento de artefato a menor – concurso material – incidência da prescrição intercorrente para a primeira conduta – absolvição no tocante ao segundo delito – descabimento.....368/369

Roubo circunstanciado, quadrilha ou bando e receptação -nulidade da decisão – ausência de fundamentação na dosimetria da pena – inocorrência – absolvição – impossibilidade – autoria e materialidade confirmadas – participação de menor – importância – redução da pena – necessidade.....374/375

Roubo duplamente majorado em concurso de agente com receptação – dosimetria da pena – alegação de aumento injustificado – inocorrência – conduta altamente reprovável do apelante, denotativa de desprezo ao patrimônio e à incolumidade física e psicológica alheia.....345

Roubo majorado – emprego de arma de fogo e concurso de agentes – autoria e materialidade devidamente comprovadas – alegação de dependência química do réu – pleito de internação para tratamento antidrogas – inviabilidade – ausência de comprovação da dependência.....356

Roubo tentado – concurso de agentes – alegação de insuficiência de provas – inocorrência – palavras da vítima e de testemunha ocular do delito firmes e coerentes – redução da pena imposta – procedência – pena-base majorada considerando-se antecedentes criminais desfavoráveis – condenação anterior – não comprovação nos autos – agravante exacerbada em demasia.....310/311

Tráfico de drogas – égide da Lei nº 6.368/76 – desclassificação para o delito de uso próprio – cabimento – prova frágil para a imputação de tráfico – aplicação do princípio *in dubio pro reo* – extinção da punibilidade reconhecida de ofício.....305

HABEAS CORPUS

Crime de tortura contra criança – prisão preventiva -pleito de liberdade provisória indeferido – alegação de excesso de prazo na formação da culpa – ocorrência – constrangimento ilegal evidenciado- substituição da prisão preventiva pelas medidas cautelares previstas no Art. 319, do CPP – possibilidade.....416/417

Estelionato – trancamento da ação penal – medida que precisa ser encarada com cautela para evitar coactar a função institucional da promotoria – indícios encontráveis no inquérito – discussão quanto a existência ou não do dolo na conduta das apelantes é matéria de mérito que não comporta apreciação na via do *writ*.....410

Execução penal – paciente beneficiado com progressão de regime para o aberto – cometimento de falta grave – regressão de regime – possibilidade.....395

Homicídio qualificado – tentativa – ausência de fundamentação do decreto prisional – inocorrência – risco de reiteração delitiva – ordem pública ameaçada – medida cautelar substitutiva da prisão – inadequação ao caso concreto – personalidade criminosa do paciente.....437/438

Homicídio tentado – prisão preventiva – alegação de excesso de prazo na formação da culpa e carência de fundamentação legal para a prisão – não configuração – garantia da ordem pública.....412

Incidente de execução – nova condenação – interrupção do prazo para concessão de benefícios – novo cálculo – modificação da data-base para implemento objetivo de novos benefícios de execução penal – data do trânsito em julgado da última condenação.....421/422

Lesão corporal seguida de morte – ilegalidade da custódia cautelar – supressão de instância – questão não suscitada perante o juízo de primeiro grau – ordem não conhecida.....406

Porte ilegal de arma de fogo – prisão em flagrante convertida em preventiva – inadmissibilidade do instituto prisional em face da legislação processual vigente – pena máxima em abstrato cominada ao tipo é igual a quatro anos – restrição legal – ilegalidade reconhecida.....402/403

Roubo majorado e formação de quadrilha – prisão preventiva – decisão carente de fundamentação – mera repetição de tese já enfrentada e julgada – prestação jurisdicional efetivada – incognoscibilidade – pleito de excesso de prazo – mora justificada em razão da complexidade da causa – expedição de dezenas de cartas precatórias – pluralidade de réus – coação ilegal não configurada.....427/428

Tráfico de drogas – associação ao tráfico de drogas – prisão preventiva – ausência de fundamentação do decreto prisional – inocorrência – gravidade concreta dos delitos – acusação de integração à organização criminosa – paciente foragida – constrangimento ilegal inexistente.....432

Tráfico de entorpecentes – prisão em flagrante – sentença condenatória – alegação de constrangimento ilegal – negativa do direito de apelar em liberdade – paciente preso durante toda a instrução – sentença fundamentada quanto ao seu indeferimento – garantia da ordem pública.....398

RECURSO CRIME EM SENTIDO ESTRITO

Homicídio duplamente qualificado e tentativa de homicídio qualificado – pronúncia – materialidade e indícios suficientes de autoria – absolvição sumária – pretensão de reconhecimento de legítima defesa – necessidade de prova inconteste de ocorrência – desclassificação para lesão corporal – apreciação pelos jurados.....452

Homicídio simples – pronúncia – pleito de absolvição sumária com amparo na excludente da legítima defesa – possibilidade – prova judicializada em perfeita sintonia com a versão apresentada pelo réu – excriminante comprovada satisfatoriamente.....447

Porte de arma de fogo e munição de uso restrito – extinção de punibilidade – irresignação ministerial – conduta não acobertada pela excepcional *vacatio legis* indireta prevista nos Arts. 30 e 32 do Estatuto do Desarmamento – prosseguimento do feito.....457



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 Departamento Editorial e Gráfico
doTribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, julho de 2013.