TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Ceará

Volume 48 - 2013
outubro / dezembro

TJCE EDITORA

ISSN 2175-0874

R. Jurisp. Trib. Justiça Est. Ceará, Fortaleza, v.48, p. 1 - 477, 2013

Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará
Volume 48.2013
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
Desa. Vera Lúcia Correia Lima
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 - Ismênia Souto de Araújo Andrade - CRB-3/834

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
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. 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
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto

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
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 Suenon Bastos Mota
Des. Clécio Aguiar de Magalhães
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Francisco Gladyson Pontes
Des. Francisco Darival Beserra Primo
Des. Inácio de Alencar Cortez Neto
Des. Washington Luis Bezerra de Araújo
Desa. Maria Iraneide Moura Silva
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite

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
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. 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
Desa. Lisete de Sousa Gadelha
Des.Raimundo Nonato Silva Santos
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho
Dra. Maria Edna Martins- Juiza Convocada

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

Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha - Presidente
Des. Emanuel Leite Albuquerque
Des. Paulo Francisco Banhos Ponte
Desa. Lisete de Sousa Gadelha

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

Des. Francisco de Assis Filgueira Mendes- Presidente
Desa. Maria Nailde Pinheiro Nogueira
Des. Francisco Auricélio Pontes
Desa. Maria Iraneide Moura Silva

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
Desa. Maria Vilauba Fausto Lopes
Des. Paulo Airton Albuquerque Filho

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
Des.Raimundo Nonato Silva Santos

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

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo - Presidente
Des. Francisco Pedrosa Teixeira
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto

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

Des. Francisco Pedrosa Teixeira - Presidente
Des. Paulo Camelo Timbó
Desa. Maria Edna Martins
Des. Mário Parente Teófilo Neto

2ª CÂMARA CRIMINAL
(Reuniões às segundas-feiras com início às 13:30 horas)

Des. Haroldo Correia de Oliveira Máximo- Presidente
Desa. Francisca Adelineide Viana
Des. Luiz Evaldo Gonçalves Leite
Des. Francisco Gomes de Moura

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

Sumário

Jurisprudência Cível

Apelação Cível.....15/283
Agravo de Instrumento.....287/336
Ação Rescisória 339/363

Jurisprudência Criminal

Apelação Crime.....369/450
Habeas Corpus.....453/467
Índice Alfabético 469/477

Jurisprudência Cível

Apelação Cível

PROCESSO: Nº 0002262-22.2010.8.06.0165
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO LUÍS DO CURU
APELADO: MARIA BRAGA DE ANDRADE
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA - DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CARGO DE MERENDEIRA. VERBAS NÃO ADIMPLIDAS. SERVIDOR CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. REGIME CELETISTA. ACUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E TRABALHISTA. NAS COMARCAS NÃO ABRANGIDAS PELA JURISDIÇÃO TRABALHISTA, EMBORA ATRIBUÍDA A COMPETÊNCIA AOS JUÍZES DE DIREITO, CABEM OS RECURSOS PARA O RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. DISPOSIÇÃO DO ART. 112 DA CF/88. JUIZ SENTENCIANTE INVESTIDO NA JURISDIÇÃO TRABALHISTA, INCABÍVEL O CONHECIMENTO DO RECURSO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. APELAÇÃO CÍVEL NÃO CONHECIDA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO.

VOTO

Trata-se de Apelação Cível em sede de Ação ordinária, recurso intentado pelo Município reclamado, objetivando, em suma, a reforma da Sentença *a quo*, que o condenou a pagar verbas trabalhistas não adimplidas.

A Autora havia ingressado no quadro de servidores daquele Município sem concurso público após a promulgação da Constituição Federal de 1988, portanto, não foi beneficiada com a estabilidade excepcional do art. 19 do ADCT, no entanto, veio a pleitear o pagamento de verbas equiparadas a vencimentos laborais porquanto atuou como merendeira de 1997 a 2009, contudo, recebendo salário inferior ao mínimo, sem FGTS etc.

O caso em análise trata de direitos trabalhistas, oriundos de contratação irregular face à inobservância do concurso público e demonstra que a autora não forma com a Administração Pública vínculo empregatício, sendo incabível reclamar verbas trabalhistas nos moldes garantidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT),

porém, diante do labor despendido são devidos os pagamentos dos salários desde que comprovada a prestação do serviço.

Assim, como subjaz a competência firmada pela matéria, sendo, portanto, de caráter absoluto e inderrogável, mostra-se prudente o declínio da competência a fim de que os autos sejam remetidos para o juízo laboral, evitando-se, com isso, futura nulidade dos atos decisórios praticados por autoridade judicial incompetente (CPC, art. 111). Aplicabilidade da norma constitucional:

> Art. 112. A lei criará varas da Justiça do Trabalho, podendo, nas comarcas não abrangidas por sua jurisdição, atribuí-la aos juízes de direito, com recurso para o respectivo Tribunal Regional do Trabalho.
>
> Art. 114. Compete a Justiça do Trabalho processar e julgar:
> I - as ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

Neste sentido, o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará já possui entendimento firmado acerca da matéria, *in verbis*:

> DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. CARGO DE TELEFONISTA. DEMISSÃO SEM JUSTA CAUSA. SERVIDOR CONTRATADO SEM CONCURSO PÚBLICO. REGIME CELETISTA. ACUMULAÇÃO DE COMPETÊNCIA. JUSTIÇA COMUM E TRABALHISTA. AS COMARCAS NÃO ABRANGIDAS PELA JURISDIÇÃO TRABALHISTA, EMBORA ATRIBUÍDA A COMPETÊNCIA AOS JUÍZES DE DIREITO, CABEM OS RECURSOS PARA O RESPECTIVO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO. DISPOSIÇÃO DO ART. 112 DA CF/88. JUIZ SENTENCIANTE INVESTIDO NA JURISDIÇÃO TRABALHISTA, INCABÍVEL O CONHECIMENTO DA REEXAME OBRIGATÓRIO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. APELAÇÃO CÍVEL NÃO CONHECIDA. REMESSA DOS AUTOS AO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO.
> (Apelação Cível n° 1292-47.2000.8.06.0076/1, da Comarca de Farias Brito. 6ª Câmara Cível, Relatora: Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda.)

A jurisprudência ora reeditada foi infirmada em consonância com precedentes oriundos do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CONTRATAÇÃO IRREGULAR SEM CONCURSO PÚBLICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.
> 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que as

> demandas que envolvem servidor público contratado irregularmente devem ser processadas e julgadas pela Justiça do Trabalho.
> 2. Agravo regimental improvido (AgRg no CC 70.744/PE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2007, DJ 14/05/2007 p. 247).

No mesmo escopo, as seguintes decisões monocráticas daquele Tribunal Superior: CC n. 106684, relator Ministro FELIX FISCHER, publicado no DJ de 25/08/2009; e CC n. 106694, relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, publicado no DJ de 19/08/2009.

Dessa maneira, não se vislumbra como apreciar sequer o presente recurso, na medida em que se mostra competente a Justiça do Trabalho para o processamento e posterior julgamento do caso em epígrafe, não se entrevê outra solução a não ser remeter os presentes autos ao Tribunal Regional do Trabalho, órgão competente para conhecer da questão, já que a competência é apreciação de ordem preliminar, envolvendo pressuposto de regularidade do processo e da admissibilidade da tutela jurisdicional.

À vista do exposto, voto pelo não conhecimento do recurso, com o consequente envio dos autos ao Tribunal Regional do Trabalho, órgão competente para conhecer da questão.

Fortaleza, 22 de agosto de 2013

PROCESSO Nº 0002477-82.2011.8.06.0061.
APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CARNAUBAL/CE
APELANTE: MUNICÍPIO DE CARNAUBAL.
APELADO: MAGDIEL DOS SANTOS FERNANDES.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA NA IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. INOCORRÊNCIA. MARCO INICIAL. TÉRMINO DA VALIDADE DO CERTAME. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. REEXAME NECESSÁRIO E APELO CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1. No caso *sub examine*, inexiste a aludida decadência, haja vista que o *writ* foi protocolado dentro do interstício de 120 dias estabelecido no art. 23 da Lei nº 12.016/09, contado a partir do término do prazo de validade do certame. Precedentes do STJ.

2. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração constitui direito subjetivo à nomeação, e não mera expectativa quanto a esta pretensão. Precedentes do STF, do STJ e deste TJCE.

3. A matéria debatida nestes autos não se relaciona com a discricionariedade administrativa, pois ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los, a Administração Pública pratica ato vinculado.

4. Ao publicar edital de concurso, pressupõe-se existente, por parte do ente público, dotação orçamentária suficiente para custear os gastos decorrentes da nomeação dos aprovados. Desse modo, não prospera o argumento de falta de recursos financeiros, especialmente quando não houve a comprovação de que, antes de suspender a convocação dos candidatos que lograram êxito, foram adotadas as medidas necessárias, em consonância com a ordem de providências estabelecida no art. 169, § 3º, da CF/88, para ajustar a despesa com pessoal

aos limites fixados na Lei Complementar nº 101/2000.
5. Apelação e remessa necessária desprovidas.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer do reexame necessário e do recurso apelatório, mas para negar-lhes provimento, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 4 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e apelação cível interposta pelo Município de Carnaubal/CE em face de sentença (págs. 103-108) proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Carnaubal/CE, em sede de mandado de segurança impetrado por Magdiel dos Santos Fernandes, o qual concedeu a segurança, determinando à autoridade impetrada a adoção das providências necessárias para a imediata nomeação e posse do impetrante no cargo de Gestor Hospitalar do sobredito Município.

Em razões recursais (págs. 114-124), o ente público aduz, em suma: a) a preliminar de decadência do direito do candidato/recorrido de requerer sua nomeação após o prazo de vigência do certame; b) o fato de o Município estar com o percentual de despesas com pessoal próximo ao estipulado na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000); e c) a dificuldade do ente público de

prover tal cargo, uma vez que, à época de elaboração do concurso em tela, o entendimento jurisprudencial era no sentido de considerar haver mera expectativa de direito do candidato, ainda que aprovado dentro do número de vagas previsto.

Contrarrazões às págs. 130-134.

Inexistindo interesse público a que aludem os arts. 82, CPC e 53, VI, RITJCE, deixei de submeter o feito à Procuradoria-Geral de Justiça.

É o relatório.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do reexame necessário e do apelo.

Ab initio, impende examinar a questão preliminar arguida pelo promovido em sua apelação, no atinente à decadência do direito do candidato de pleitear a sua nomeação no cargo de Gestor Hospitalar do ente municipal.

Em suas razões recursais, o apelante aduz que o presente *madamus* fora impetrado após o prazo de vigência do concurso público, não detendo o autor da ação direito líquido e certo em razão do momento inadequado da propositura da demanda.

Todavia, não merece guarida a preliminar suscitada.

Com efeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido de que "o termo inicial para a contagem do prazo decadencial do mandado de segurança contra a ausência de nomeação de aprovados em concurso público é a data do término do prazo de validade deste" (STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1270366/AL, Relator Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 02/10/2012, DJe 05/10/2012).

A propósito:

> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE ATO COATOR. MATÉRIA NÃO PREQUESTIONADA EMBORA OPOSTOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SÚMULA 211/STJ. DECADÊNCIA NA IMPETRAÇÃO DO *MANDAMUS* . NÃO OCORRÊNCIA. MARCO INICIAL. TÉRMINO DA VALIDADE DO CERTAME. APROVAÇÃO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 83/ STJ. RECURSO ESPECIAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> […]
> **2. A jurisprudência já pacificada neste Sodalício orientada no sentido de que, em se tratando de impetração contra ausência de nomeação de aprovados em concurso público, a contagem do prazo decadencial de 120 dias deve ser iniciada com o término do período de validade do certame.** Precedentes do STJ.
> 3. É também assente na jurisprudência deste Sodalício o entendimento segundo o qual "a prática de ato, pela Administração, que evidencie a necessidade de preenchimento de cargos vagos gera direito subjetivo à nomeação dos candidatos aprovados e classificados em concurso público inicialmente além do número de vagas ofertado pelo edital do certame". (REsp 1.185.379/MG – Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA - SEXTA TURMA - Julgamento em 15.03.2012). Precedentes.
> 4. No caso em concreto, o surgimento das vagas decorrentes das desistências de outros candidatos se deu no prazo de validade do certame, o que acentua a existência do direito líquido e certo reclamado.
> 5. Inviável a análise da divergência jurisprudencial suscitada a teor da Súmula 83/STJ.
> 6. Recurso especial não provido.
> (STJ, 2ª Turma, Resp 1330890/BA 2012/0129543-6, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 09/04/2013, Dje 16/04/2013, destaquei)

In casu, observa-se que, nada obstante não haver sido coligida aos fólios a documentação referente à data da homologação do aludido certame – termo inicial para a contagem do seu prazo de vigência –, houve a prorrogação de sua validade por mais

dois anos (*vide* Diário Oficial do Estado do dia 25.09.2009 à pág. 57).

Assim, constata-se que o prazo de vigência do sobredito concurso terminou em 25.09.2011, inexistindo, portanto, a referida decadência, haja vista que o *writ* foi protocolado no dia 16.11.2011, ou seja, dentro do interstício de 120 dias estabelecido no art. 23 da Lei nº 12.016/09.

Rejeito, pois, a prejudicial e passo à análise do mérito da demanda.

O processo *sub oculi* orbita em torno do direito do promovente de ser nomeado no cargo de Gestor Hospitalar, haja vista aprovação em concurso público destinado ao provimento de vagas do "Quadro permanente de Pessoal da Prefeitura do Município de Carnaubal", conforme Edital nº 001/2006, de 10 de novembro de 2006.

Sabe-se que a Administração Pública, ao divulgar o edital e estabelecer o número de vagas disponíveis, exterioriza a necessidade de contratação, devendo, por conseguinte, em conformidade com o princípio da boa-fé e lealdade, respeitar as normas editalícias, especialmente no que tange à convocação dos aprovados no certame dentro do número de vagas ofertadas.

Nesse contexto, quando o concursando logra êxito na disputa do cargo, convola-se a expectativa de direito em direito subjetivo à nomeação, sendo incabível ao ente público valer-se de posicionamento jurisprudencial há muito superado para restringir direito do apelado de ser nomeado no cargo público para o qual foi aprovado.

Destarte, encontrando-se prevista no edital regulador do certame 01 (uma) vaga para o cargo em questão (*vide* Anexo I de pág. 17), o impetrante não possui somente expectativa de direito, mas direito subjetivo à nomeação, por haver obtido aprovação em 1º lugar, em consonância com o resultado final do concurso (pág. 59).

Esse entendimento já se encontra pacificado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

> Agravo regimental no recurso extraordinário. Concurso público. Revogação de nomeação de candidato aprovado dentro do número de vagas previstas no edital. Possibilidade. Precedentes.
> **1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido que os candidatos aprovados em concurso público dentro do número de vagas previstas no edital possuem direito subjetivo à nomeação para posse.**
> [...]
> (STF.1ª Turma. RE 466543 AgR. Relator Ministro Dias Toffoli. julgado em 03/04/2012. DJe-088 DIVULG 04/05/2012 PUBLIC 07/05/2012, destaques)

Colaciono precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO.

> **- A jurisprudência desta Corte entende que a regular aprovação em concurso público em posição classificatória compatível com as vagas previstas em edital confere ao candidato direito subjetivo à nomeação e à posse dentro do período de validade do certame.** Agravo regimental improvido.
> (STJ. 2ª Turma. AgRg no RMS 31.899/MS. Relator Ministro Cesar Asfor Rocha. julgado em 03/05/2012. DJe 18/05/2012, destaques)

> ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. DECADÊNCIA DO *MANDAMUS*. AUSÊNCIA. MARCO INICIAL. TÉRMINO DA VALIDADE DO CONCURSO. CANDIDATO APROVADO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL. DIREITO À NOMEAÇÃO.
> […]
> **2. O atual entendimento dos Tribunais Superiores é de que o candidato aprovado em concurso público dentro do número de vagas previsto no edital possui direito subjetivo à nomeação e à posse no cargo almejado, e não mera expectativa de direito**.
> 3. Agravo Regimental não provido.
> (STJ. 2ª Turma. AgRg no AREsp 57.493/BA. Relator Ministro Herman Benjamin. julgado em 02/02/2012. DJe 24/02/2012, destaques)

No mesmo sentido: *a)* STJ, 2ª Turma, **RMS 33.925/ES**, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 13/12/2011, DJe 02/02/2012; *b)* STJ, 2ª Turma, **EDcl no RMS 33.704/SP**, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011; *c)* STJ, 1ª Turma, **AgRg no REsp 1213075/PE**, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19.04.2011; *d)* STJ, 1ª Turma, **AgRg nos EDcl no Ag 1334659/BA**, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe 19/04/2011; *e)* STJ, 2ª Turma, **AgRg no RMS 32891/RO**, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 04.04.2011; dentre outros.

Colho arestos deste e. Tribunal de Justiça:

> Ementa: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. APROVAÇÃO EM CONCURSO PÚBLICO DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS. NOMEAÇÃO. DIREITO SUBJETIVO. ONERAÇÃO DE DESPESAS. INOCORRÊNCIA. PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. PRECEDENTES STJ
> **1. A classificação de candidato dentro do número de vagas ofertadas pela Administração gera, não a mera expectativa, mas o direito subjetivo à nomeação.**
> **2. A administração pratica ato vinculado ao tornar pública a existência de cargos vagos e o interesse em provê-los. Portanto, até expirar o lapso de eficácia jurídica do certame, tem o poder-dever de convocar os candidatos aprovados no limite das vagas que veiculou no edital, respeitada a ordem classificatória. Precedentes do STJ.**
> 3. A manutenção da postura de deixar transcorrer o prazo sem proceder ao provimento dos cargos efetivos existentes por aqueles legalmente

> habilitados em concurso público importaria em lesão aos princípios da boa-fé administrativa, da razoabilidade, da lealdade, da isonomia e da segurança jurídica, os quais cumpre ao Poder Público observar.
> 4. Afasta-se a alegada conveniência da Administração como fator limitador da nomeação dos candidatos aprovados, tendo em vista a exigência constitucional de previsão orçamentária antes da divulgação do edital (art. 169, § 1º, I e II, CF). Segurança concedida.
> (TJCE. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 27253-09.2009.8.06.0000/0. Relator Desembargador Lincoln Tavares Dantas. Data de registro: 19/05/2011, destaques)
> Ementa: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ANALISTA DE GESTÃO PÚBLICA - ADMINISTRAÇÃO. CANDIDATA APROVADA DENTRO DO NÚMERO DE VAGAS PREVISTO NO EDITAL, CONSIDERADAS AS DESISTÊNCIAS DE CANDIDATOS MELHOR CLASSIFICADOS. PRAZO DE VALIDADE EXPIRADO. DIREITO SUBJETIVO À NOMEAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> **1.Conforme orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o candidato aprovado dentro do número de vagas previsto no edital do certame, consideradas as desistências dos candidatos melhor classificados, não tem mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo à nomeação.**
> [...]
> 3. Segurança concedida, em consonância com o parecer ministerial.
> (TJCE. Tribunal Pleno. Mandado de Segurança nº 378765-18.2010.8.06.0001/0. Relator Desembargador Antônio Abelardo Benevides Moraes. Data de registro: 16/05/2011, destaques)

Em recente decisão do e. STF ficou sufragado (Informativo nº 622, 1ª Turma):

> **Cadastro de reserva e direito à nomeação:** Por reputar haver direito subjetivo à nomeação, a 1ª Turma proveu recurso extraordinário para conceder a segurança impetrada pelos recorrentes, determinando ao Tribunal Regional Eleitoral catarinense que proceda as suas nomeações, nos cargos para os quais regularmente aprovados, dentro do número de vagas existentes até o encerramento do prazo de validade do concurso. Na espécie, fora publicado edital para concurso público destinado ao provimento de cargos do quadro permanente de pessoal, bem assim à formação de cadastro de reserva para preenchimento de vagas que surgissem até o seu prazo final de validade. Em 20.2.2004, fora editada a Lei 10.842/2004, que criara novas vagas, autorizadas para provimento nos anos de 2004, 2005 e 2006, de maneira escalonada. O prazo de validade do certame escoara em 6.4.2004, sem prorrogação. Afastou-se a discricionariedade aludida pelo tribunal regional, que aguardara expirar o prazo de validade do concurso sem nomeação de candidatos, sob o fundamento de que se estaria em ano eleitoral e os servidores requisitados possuiriam experiência em eleições anteriores. Reconheceu-se haver a necessidade de convocação dos aprovados no momento em que a lei fora sancionada. Observou-se que

> não se estaria a deferir a dilação da validade do certame. Mencionou-se que entendimento similar fora adotado em caso relativo ao Estado do Rio de Janeiro. O Min. Luiz Fux ressaltou que a vinculação da Administração Pública à lei seria a base da própria cidadania. O Min. Marco Aurélio apontou, ainda, que seria da própria dignidade do homem. O Min. Ricardo Lewandowski acentuou que a Administração sujeitar-se-ia não apenas ao princípio da legalidade, mas também ao da economicidade e da eficiência. A Min. Cármen Lúcia ponderou que esse direito dos candidatos não seria absoluto, surgiria quando demonstrada a necessidade pela Administração Pública, o que, na situação dos autos, ocorrera com a requisição de servidores para prestar serviços naquele Tribunal.
> (RE 581113/SC, STF, 1ª Turma, Relator Ministro Dias Toffoli, julgado em 5.4.2011, destaquei)

Ademais, não prospera a alegação do recorrente quanto à circunstância de o montante da despesa total com pessoal do Município estar próximo ao percentual estabelecido na Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, uma vez que, dispondo o Edital do certame a oferta de vaga para determinada área de atuação, presume-se existente dotação orçamentária para fazer frente ao gasto associado ao cargo ofertado.

Some-se a isso o fato de que o Município de Carnaubal não comprovou que, antes de suspender a convocação dos aprovados, foram adotadas as medidas necessárias, em consonância com a ordem de providências estabelecida no art. 169, § 3º, da CF/88, para ajustar a despesa com pessoal aos limites fixados na Lei Complementar nº 101/2000.

Sob tais fundamentos, conheço da remessa oficial e da apelação interposta, para negar-lhes provimento.

É como voto.

PROCESSO: Nº 0034656-60.2008.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: FUNDAÇÃO COELCE DE SEGURIDADE SOCIAL - FAELCE
APELADO: JOSÉ CORREIA LIMA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA - APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. REVISIONAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA.SUPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. REDUTOR ETÁRIO. FIXAÇÃO EM DECRETO E REGULAMENTO. POSSIBILIDADE COMPREENSÃO ATUAL DO STJ. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO DAS ENTIDADES DE PREVIDÊNCIAS. (PRECEDENTES DESTA RELATORIA PROCESSO Nº 0011197-63.2007.8.06.0001, ENTRE OUTROS)

1. "O Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77, mas se valeu de critério razoável com a precisa finalidade de cumprir as determinações legais de manter a liquidez e solvência das entidades de previdência privada".

2. A Colenda Corte Superior vem pautando a legalidade da fixação do limite etário nos planos de previdência por meio do decreto por entender que a natureza do plano é de caráter privado, complementar à previdência estatal e, principalmente, de adesão facultativa. Demais, o ingresso do Apelado se efetivou após as regras do Decreto e do Regulamento.

3. Ao firmar o plano de previdência privada o signatário já sabia de antemão das condições a ele impostas, quer pela Lei, quer pelo Decreto ou, ainda, pelo Regulamento. Ao ter cognição total das regras impostas, o apelado não poderia opor vício na época ou após a contratação.

4. Reconhece-se o direito conforme os argumentos articulados pela Fundação Coelce de Seguridade Social – FAELCE.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa conheço do recurso por estar presentes todos os requisitos de admissibilidade.

Passo ao enfrentamento do mérito recursal, vale afirmar que o contrato

de aposentadoria complementar se sujeita às normas consumeristas presentes no CDC, uma vez que as relações jurídicas tratadas entre o segurado/aposentado e a instituição de previdência privada, caracterizam às relações de consumo de um serviço. Nesse sentido é a orientação da Súmula 321 do STJ:

> "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável à relação jurídica entre a entidade de previdência privada e seus participantes".

Aplicação do CDC reforça ainda mais os posicionamentos dos ministros PAULO DE TARSO SANSEVERINO e SIDNEI BENETI. Assim, é possível, em tese, a revisão dos contratos.

Conforme relatado, o autor pleiteia a revisão do benefício que recebe do apelado, por entender ser ilegal a aplicação do limite etário previsto no Decreto nº 81.240/78, vez que inexiste tal limite na Lei nº 6.435/77, que regulamentava a previdência privada à época da aposentadoria do apelado. Esse é o ponto crucial para o deslinde da controvérsia: o limite de idade.

Rigorosamente, apesar da fundamentação do apelado se estribar na jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça em número estatístico alentado, diga-se de passagem, e do meu anterior entendimento, sinto-me compelido a coadunar com o posicionamento firmado pelo eminente Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO quando no julgamento do Resp. 1.125.913-RS confirmou a legalidade do estabelecimento do limite etário pelo Decreto nº 81.240/78. Tal decisão, inclusive, entrou para a formalização do ementário jurisprudencial do informativo nº 0452 do Superior Tribunal de Justiça, o qual orienta entendimento pacificado.

Eis a integra do informativo:

> Discutiu-se a legalidade do Dec. n. 81.240/1978 e, por consequência, do regulamento do plano de benefícios da entidade de previdência privada em questão, que estabeleceu a idade de 55 anos como a mínima necessária a obter complementação de aposentadoria. Anote-se, primeiramente, que, apesar de o STJ ter entendimento contrário, o STF já se pronunciou quanto ao fato de os questionamentos relativos a esse decreto regulamentar e seu âmbito de incidência serem matérias de ordem infraconstitucional sujeitas ao exame deste Superior Tribunal. Nesse contexto, vê-se que a Lei n. 6.435/1977 prevê que são possíveis períodos de carência para a concessão de benefícios (art. 42, II) e não veda a instituição de limitador de idade à suplementação de aposentadoria. Assim, não houve obstáculos a que o art. 31, IV, do referido decreto impusesse tal requisito em razão da natureza do plano (privado, de caráter complementar e adesão facultativa) e do devido respeito à preservação do equilíbrio atuarial, quanto mais se o limite etário é razoável e está amparado em poder discricionário. Dessarte, tanto o decreto quanto o regulamento do plano não extrapolaram os limites de discricionariedade concedidos pela lei, mostrando-se, portanto, legais. Anote-se, por último, que o ingresso dos autores no fundo de pensão deu-

> se após a instituição do referido limite de idade, destacando que o próprio decreto ressalvou a situação de participantes que aderiram ao plano de benefícios antes de 1º/1/1978. Precedentes citados do STF: ADi 2.387-0-DF, DJ 5/12/2003, e AI 686.423-RJ, DJe 23/8/2010. REsp 1.125.913-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 19/10/2010.

Após a mencionada decisão, realmente, a Colenda Corte Superior vem pautando a legalidade da fixação do limite etário nos planos de previdência por meio do decreto retromencionado por entender que a natureza do plano é de caráter privado, complementar à previdência estatal e, principalmente, de adesão facultativa, além do fato temporal do ingresso no fundo de pensão muito depois a instituição do limite etário.

Nestas condições, ao firmar referido plano, o signatário já sabia das condições a ele impostas, quer pela Lei, quer pelo Decreto ou, ainda, pelo Regulamento. Ao ter cognição total das regras impostas, o apelado não poderia opor vício na contratação, muito mais quando o limite é regra para todas previdências, dentro de uma discricionariedade razoável, proporcional e garantidora do sistema.

Em consonância com todo o exposto e a atual jurisprudência do STJ, que rege o tema, colho os seguintes julgados dos quais figuraram como relatores os eminentes Ministros LUIS FELIPE SALOMÃO, ALDIR PASSARINHO JUNIOR e, muito recentemente, MARIA ISABEL GALLOTTI, todos nos anos de 2010 e 2011:

> PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. EQUILÍBRIO ATUARIAL.
> 1. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a questão relativa a decreto, que a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade.
> 2. O Decreto n. 81.240/78 e, por consequência, o Regulamento do Plano da PETROS/1979, não extrapolaram ao estipular o limite etário e mantiveram-se dentro do limite das discricionariedade conferida pela lei, significando que apenas desceu a detalhes que a Lei n. 6.435/77 deixou em aberto; sobressaindo, ainda, que é razoável e necessário a busca da preservação do equilíbrio atuarial.
> 3. O Decreto n. 81.240/78 , em seu art. 31, IV, ressalvou a situação apenas dos participantes que ingressaram no plano de benefício antes de 1º de janeiro de 1978, o que não é o caso dos autos, pois os autores aderiram ao plano de complementação de aposentadoria após a alteração que previa a condição etária de 55 anos.
> 4. Provido o Recurso Especial da PETROS e julgado prejudicado o Recurso Especial de ADI DE OLIVEIRA BORBA E OUTROS.
> (REsp 1125913/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 12/11/2010)
>
> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DECLARATÓRIOS RECEBIDOS

COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRETENSÃO INFRINGENTE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. LIMITADOR ETÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
I. A questão da legalidade do limitador etário já foi pacificada no âmbito da Quarta Turma, nesse sentido: "PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. EQUILÍBRIO ATUARIAL. 1. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a questão relativa a decreto, que a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade. 2. O Decreto n. 81.240/78 e, por consequência, o Regulamento do Plano da PETROS/1979, não extrapolaram ao estipular o limite etário e mantiveram-se dentro do limite das discricionariedade conferida pela lei, significando que apenas desceu a detalhes que a Lei n. 6.435/77 deixou em aberto; sobressaindo, ainda, que é razoável e necessário a busca da preservação do equilíbrio atuarial. 3. O Decreto n. 81.240/78, em seu art. 31, IV, ressalvou a situação apenas dos participantes que ingressaram no plano de benefício antes de 1º de janeiro de 1978, o que não é o caso dos autos, pois os autores aderiram ao plano de complementação de aposentadoria após a alteração que previa a condição etária de 55 anos. 4. Provido o Recurso Especial da PETROS e julgado prejudicado o Recurso Especial de ADI DE OLIVEIRA BORBA E OUTROS". (4ª Turma, REsp 1.125.913/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.11.2010)
II. Agravo regimental desprovido.
(AgRg no REsp 1158866/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 28/03/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR LIMITE DE IDADE. DECRETO 81.240/78. LEI 6.435/77. VALIDADE. COMPETÊNCIA. SÚMULAS 5 E 7 STJ. SÚMULA 115/STJ. NÃO INCIDÊNCIA.
1. O Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77, mas se valeu de critério razoável com a precisa finalidade de cumprir as determinações legais de manter a liquidez e solvência das entidades de previdência privada. Precedentes.
2. Os óbices das Súmulas 5 e 7 do STJ aplicam-se às hipóteses em que a solução da controvérsia demanda reexame do conjunto fático-probatório dos autos e interpretação de cláusula contratual, procedimentos não utilizados, no caso exame.
3. Verificar se o o Decreto 81.240/78 exorbita os limites do poder regulamentar é questão que se situa no âmbito do controle de legalidade, de competência desta Corte. Precedentes do STF.
4. Demonstrado que na procuração outorgada pela PETROS não foi estabelecido prazo de validade determinado, é regular o substabelecimento à subscritora do recurso especial e do agravo de instrumento, circunstância que afasta a incidência da Súmula 115/STJ.
5. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega

> provimento.
> (EDcl no AgRg no Ag 1180501/RS, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 20/09/2011, DJe 27/09/2011)

Em 2012, o mesmo tema foi examinado pela Ministra NANCY ANDRIGHI:

> PROCESSO CIVIL. CIVIL. AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. POSSIBILIDADE.
> - É possível o uso de redutor de caráter etário em cálculo de complementação de aposentadoria, com base no Decreto 81.240/78. Precedentes.
> - O Decreto n. 81.240/78 , em seu art. 31, IV, ressalvou a situação apenas dos participantes que ingressaram no plano de benefício antes de 1º de janeiro de 1978, o que não é a hipótese dos autos.
> - Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1299760/CE, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 10/08/2012)

Três julgados do Ministro SIDNEI BENETI de 2012, portanto, deste ano, também repristina a mesma orientação do STJ, solidificando o entendimento:

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. POSSIBILIDADE. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. PRECLUSÃO. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
> 1. Embora tenha prevalecido nesta Corte o entendimento de que, em casos como o dos autos, a pretensão recursal só poderia ser deduzida em âmbito de Recurso Extraordinário, por envolver suposta ofensa a matéria de índole constitucional, no julgamento do REsp 1.125.913/RS (Rel. Min. LUÍS FELIPE SALOMÃO, DJe de 12.11.2010), decidiu-se que é legítimo o estabelecimento do limite de idade em 55 anos promovido pelo Decreto n. 81.240/1978, sem extrapolar os parâmetros fixados na Lei n. 6.435/1977, que não veda tal prática.
> 2. "Eventual vício existente na regularidade de representação processual deve ser alegado e provado no devido tempo, ou seja, nas instâncias ordinárias ou na primeira oportunidade que a parte tiver acesso aos autos (art. 245 do Código de Processo Civil). Não impugnada a exatidão de documento no momento oportuno, incide o disposto no art. 225 do Código Civil de 2002. (AgRg no REsp 963.283/RS, 2ª seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1°.7.2008)" (AgRg no REsp 1.043.954/RS, Rel. Min. HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO, DJe 25.5.2010).
> 3. Agravo Regimental improvido.
> (AgRg nos EDcl no AREsp 93.409/SE, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/04/2012, DJe 09/05/2012)

> AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. LIMITADOR ETÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. A questão da legalidade do limitador etário já foi pacificada no âmbito da Quarta Turma, nesse sentido: "PREVIDÊNCIA PRIVADA. PETROS. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. LIMITE ETÁRIO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. LEGALIDADE. RAZOABILIDADE. EQUILÍBRIO ATUARIAL. 1. O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a questão relativa a decreto, que a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade. 2. O Decreto n. 81.240/78 e, por consequência, o Regulamento do Plano da PETROS/1979, não extrapolaram ao estipular o limite etário e mantiveram-se dentro do limite das discricionariedade conferida pela lei, significando que apenas desceu a detalhes que a Lei n. 6.435/77 deixou em aberto; sobressaindo, ainda, que é razoável e necessário a busca da preservação do equilíbrio atuarial. 3. O Decreto n. 81.240/78, em seu art. 31, IV, ressalvou a situação apenas dos participantes que ingressaram no plano de benefício antes de 1º de janeiro de 1978, o que não é o caso dos autos, pois os autores aderiram ao plano de complementação de aposentadoria após a alteração que previa a condição etária de 55 anos. 4. Provido o Recurso Especial da PETROS e julgado prejudicado o Recurso Especial de ADI DE OLIVEIRA BORBA E OUTROS." (4ª Turma, REsp 1.125.913/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe 12.11.2010) 5.- Agravo regimental desprovido.
(AgRg no Ag 1406615/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/02/2012, DJe 14/03/2012)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PREVIDÊNCIA PRIVADA. COMPLEMENTAÇÃO DE APOSENTADORIA. FIXAÇÃO DO LIMITE DE IDADE MÍNIMA POR DECRETO. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. POSSIBILIDADE.
PRECEDENTES.
1.- Em relação ao pedido de manifestação dessa Corte sobre dispositivo constitucional apontado como violado, bem como da alegada ilegalidade do artigo 31 do Decreto n. 81.240/78 frente à Constituição Federal, para fins de prequestionamento, a pretensão vai além da competência deste Superior Tribunal de Justiça, que se restringe à análise de ofensa à lei federal.
2.- O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que a questão relativa a decreto, que a pretexto de regulamentar determinada lei, extrapola o seu âmbito de incidência, é tema que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade.
3.- Consoante decidiu a C. 4ª Turma, no julgamento do REsp n. 1.125.913/RS (Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, unânime, DJe de 12.11.2010), é legítimo o estabelecimento do limite de idade em 55 anos promovido pelo Decreto n. 81.240/1978, sem extrapolar os parâmetros fixados na Lei n. 6.435/1977, que não veda tal prática, além de ser imperativo a manutenção do equilíbrio atuarial da instituição de previdência complementar.
4.- Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental e improvido.

(EDcl no REsp 1033092/RS, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/12/2011, DJe 20/03/2012)

Em reprise entendo que a relação existente entre as entidades de previdência privada e seus segurados/beneficiários é de consumo. Definitivamente, "o Decreto 81.240/78, ao estabelecer a idade mínima de 55 anos para o pagamento de complementação de aposentadoria, não exorbitou as disposições da Lei 6.435/77, mas se valeu de critério razoável com a precisa finalidade de cumprir as determinações legais de manter a liquidez e solvência das entidades de previdência privada", muito mais quando o redutor etário é regra discricionária para todas as previdências.

Seja como for, ao firmar o plano de previdência privada o signatário já sabia das condições a ele impostas, quer pela Lei, quer pelo Decreto ou, ainda, pelo Regulamento. Ao ter cognição total das regras impostas, o apelado não poderia opor vício na contratação que é facultativa, de caráter adesivo e, sobretudo, baseada na solidariedade e no mutualismo.

Isso posto, CONHEÇO do recurso de Apelação, para, no mérito, lhe DAR PROVIMENTO, reformando a decisão vergastada para reconhecer como válido a limitação etária advinda do regulamento da fundação.

É como Voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 27 de agosto de 2013

PROCESSO Nº 0039075-26.2011.8.06.0064
APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAUCAIA
APELANTES: JURANDY CAVALCANTE PESSOA E RAIMUNDA MIRANDA JULIÃO CAVALCANTE
APELADO: ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA CULTURAL EDUCACIONAL E AGRÍCOLA DE SANTA ROSA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO
REVISORA: DESA. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

EMENTA: DIREITO IMOBILIÁRIO. DECLARAÇÃO PARTICULAR DE VENDA. IMPRESCINDIBILIDADE DE ESCRITURA PÚBLICA. VALOR DO IMÓVEL QUE ULTRAPASSA CINQUENTA MIL CRUZEIROS. EXEGESE DO ART. 134 DO CC/1916 APLICÁVEL À ÉPOCA DOS FATOS. NULIDADE DA VENDA POR INOBSERVÂNCIA DA FORMA PRESCRITA EM LEI. ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. BEM SINGULARIZADO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA. PRECEDENTES STJ E TJ/CE. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA REFORMADA DE OFÍCIO PARA RECONHECER, DE OFÍCIO, NULIDADE ABSOLUTA.

1. O cerne da demanda consiste na declaração de nulidade da escritura pública de cessão de direitos hereditários outorgada ao réu/apelado, sob o argumento de que, anteriormente à realização do negócio, teria sido firmada uma Declaração de Venda do imóvel objeto da lide aos autores/apelantes.

2. A transferência da propriedade é negócio jurídico solene, com forma prescrita em lei, sendo essencial para a validade dos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis acima de Cr$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) a existência de instrumento público. Inteligência do art. 134, inciso II, do Código Civil de 1916, vigente à época da formalização da venda.

3. No caso concreto, a Declaração de Venda foi firmada por instrumento particular, desrespeitando a forma prevista na legislação, não sendo, portanto, este negócio jurídico capaz

de tornar nula a cessão de direitos hereditários celebrada posteriormente.

4. Contudo, inobstante não sejam acolhidas as razões do recurso manejado pelos apelantes, verifica-se, de ofício, que a escritura pública de cessão de direitos hereditários objeto da presente ação anulatória está eivada de vícios insanáveis que a torna nula de pleno direito.

5. Não poderia o instrumento público de cessão de direitos hereditários ter recaído sobre bem individualizado da herança, considerando que, antes da partilha, o herdeiro cedente possui, apenas, expectativa de direito. Nos termos do que dispõe o art. 1.580 do CC/16, vigente à época dos fatos, "sendo chamadas simultaneamente a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha". Precedentes STJ e TJ/CE.

6. Ademais, não bastasse a nulidade apontada, verifica-se que o instrumento público atacado na Ação Anulatória também não poderá ser levado a registro no Cartório de Registro Imobiliário por duas razões. Primeiro porque o instrumento de cessão de direitos hereditários não está elencado no rol dos arts. 167, inc. I, e 221, I a V, ambos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Segundo porque o registro público antecedente foi lavrado de forma equivocada, porquanto oriundo de outra escritura de cessão de direitos hereditários, a qual também não poderia ter sido levada a registro.

Apelação Cível conhecida e desprovida. Sentença reformada parcialmente para reconhecer, de ofício, a nulidade absoluta da escritura pública de cessão de direitos hereditários objeto da presente lide.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para NEGAR-LHE provimento, contudo reformando-se parcialmente a sentença para reconhecer, de ofício, a nulidade absoluta da escritura pública objeto da presente lide, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 09 de outubro de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta por JURANDY CAVALCANTE PESSOA E RAIMUNDA MIRANDA JULIÃO CAVALCANTE visando à reforma da r. sentença prolatada pelo M.M. Juiz da 3ª Vara Cível da Comarca de Caucaia às fls. 168/176, que julgou improcedente a Ação Anulatória de Escritura Pública movida em desfavor da ASSOCIAÇÃO COMUNITÁRIA CULTURAL EDUCACIONAL E AGRÍCOLA DE SANTA ROSA.

Na peça inaugural, os Autores alegam que são os únicos proprietários do imóvel sito na localidade de Santa Rosa no município de Caucaia-CE, consoante negócio jurídico firmado com o Sr. Manoel Julião de Andrade em 1984, consubstanciado na Declaração de Venda registrada em Tabelionato de Notas daquela comarca, mais precisamente junto ao 2º Ofício, sob o nº 563, fls. 81V, do Livro de Registro integral de títulos e documentos nº B-3 (fls. 24/25).

Ademais, sustentam que, em 13 (treze) de outubro de 1988, o Sr. Manoel Julião de Andrade, através de Escritura Pública de Cessão de Direito (fl. 26), cedeu e transferiu os direitos hereditários relativos ao imóvel em alusão à Promovida, registrada no 5º Ofício de Notas e Protestos de Títulos, livro 181, fls. 122/123, sendo este instrumento inválido, diante da realização de ato perfeito anterior, motivo pelo qual requerem a anulação da referida escritura pública.

Juntada de documentos às fls. 12/75.

Às fls. 17/18, a parte autora colacionou Escritura de Cessão e Transferência de Direitos Hereditários firmada em 13 de abril de 1955 (Transcrição Imobiliária, livro 3-E, sob o número 2.907).

Devidamente citada, a Promovida apresentou contestação às fls. 89/109, pugnando pela improcedência da ação, sob os seguintes argumentos: a) não ter a parte autora colacionado aos autos as medidas e dimensões corretas do imóvel objeto da lide; b) ausência de comprovação da incapacidade civil do Sr. Manoel Julião de Andrade, ora outorgante cedente; c) o processo de doação do imóvel observou todos os trâmites legais, devidamente amparados no ordenamento jurídico brasileiro.

Ao analisar a lide, o d. juízo *a quo* (fls. 168/176) julgou improcedente a presente demanda, tendo em vista que a Declaração de Venda de Imóvel não possui validade jurídica, pois não foi elaborada por meio de instrumento público (escritura pública). Ademais, condenou a parte autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais).

Irresignados com o *decisum,* os Apelantes requerem a sua reforma, sustentando que: a) a Declaração de Venda foi celebrada sob o manto da legalidade, vez que celebrada por vontade livre das partes, por agentes capazes e com objeto lícito, devendo, portanto, imperar a regra do *"pacta sun servanda";* b) na data da feitura da escritura pública, o Sr. Manoel Julião de Andrade tinha 85 (oitenta e cinco) anos de

idade, havendo uma presunção de hipossuficiência do idoso; c) o cedente outorgante não poderia outorgar poderes daquilo que não mais dispunha, caracterizando a impossibilidade do objeto, pois o imóvel, objeto da cessão de direito, já havia sido negociado anteriormente.

Apesar de devidamente intimada, a parte apelada não ofereceu contrarrazões (fl. 202).

É o relatório.

VOTO

Diante da presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da Apelação Cível.

O cerne da presente demanda consiste na declaração de nulidade da escritura pública de cessão de direitos hereditários outorgada por Manoel Julião de Andrade à Associação Comunitáriua Cultural, Educacional e Agrícola de Santa Rosa, ora Apelada, sob o argumento de que, anteriormente à realização do negócio supracitado, os Apelantes firmaram com o Sr. Manoel Julião uma Declaração de Venda do imóvel objeto da lide.

Nos termos do art. 134, inciso II, do Código Civil de 1916, vigente à época da formalização da venda, verifica-se que a transferência da propriedade é negócio jurídico solene, com forma prescrita em lei, sendo essencial para a validade dos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis acima de Cr$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) a existência de instrumento público, *in verbis:*

> Art. 134. "É, outro sim, da substância do ato o instrumento público:
>
> I – Nos pactos antenupciais e nas adoções;
>
> II – Nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis de valor superior a Cr$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros), excetuando o penhor agrícola."

Ademais, o art. 366 do Código de Processo Civil preceitua que "quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta."

Portanto, para que seja válida a transferência de imóvel de valor superior ao permitido em lei, impõe-se a forma solene da escrituração pública, o que não foi verificado no presente caso, pois o bem, objeto da presente Ação Anulatória, foi adquirido pela parte recorrente em 1984 através de instrumento particular (fl. 24), no valor de Cr$ 1.200,000 (um milhão e duzentos mil cruzeiros).

Sendo assim, em virtude da Declaração de Venda do imóvel de fl. 24 não ter observado a forma prevista em lei, ou seja, elaborada por meio de instrumento público

(escritura pública), mostra-se nulo o aludido negócio jurídico, nos termos do art. 145, inciso III, do Código Civil de 1916, *in verbis:*

> "Art. 145. É nulo o ato jurídico:
> (…)
> III – quando não revestir a forma prescrita em lei."

Sobre o tema, a jurisprudência desta C. Corte de Justiça e dos Tribunais Pátrios preceitua:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. SIMPLES RECIBO. NEGÓCIO JURÍDICO. ESCRITURA PÚBLICA. SOLENIDADE PRESCRITA EM LEI. PRETERIÇÃO. ASSENTAMENTO NO REGISTRO DE IMÓVEIS. AUSÊNCIA. NULIDADE. RECONHECIMENTO. DOMÍNIO ÚTIL. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INSTITUTO JURÍDICO DIVERSO. APELO DESPROVIDO.
> **1. A transferência da propriedade, entre vivos, é negócio jurídico solene, com forma prescrita em lei, sendo essencial, para tanto, o assentamento de escritura pública translativa no Registro de Imóveis e cuja preterição faz padecer de nulidade a avença.** Simples recibo de pagamento ou mesmo a assertiva da parte vendedora a corroborar a venda não suprem a ausência da forma prescrita em lei.
> 2. O domínio útil da coisa, requerido pelo autor, não pode ser convolado em outorga de escritura pública definitiva, quer pela adjudicação compulsória ou pela execução específica de compromisso de compra e venda não registrado, por se tratar de instituto jurídico diverso.
> 3. Apelação conhecida, mas desprovida.
> (TJ/CE, Apelação Cível nº 7060-36.2010.8.06.0000/0, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha, Data de Registro: 20/05/2011)

> NULIDADE DE ATO JURÍDICO
> -Improcedência - Compra e vendia de parte de bem imóvel mediante ajuste verbal **- Ausência de escritura pública que era da substância do ato - Inteligência do art. 134, inciso II, do Código Civil de 1.916.**
> **Nulidade reconhecida** - Partes que devem retornar ao estado que se achavam antes do negócio - Condenação da requerida na devolução da importância recebida como sinal e do veículo dado como forma de pagamento - Sentença reformada - Recurso provid(TJ/SP, Apelação Cível nº 994050616744, 8ª Câmara de Direito Privado, Rel. Des. Salles Rossi, Julgamento: 28/07/2010)

> DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO JURÍDICO CUMULADA COM CANCELAMENTO DE REGISTRO PÚBLICO E REINVIDICATÓRIA COM ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - ERRO QUANTO AO CONTEÚDO DA PROCURAÇÃO - ART. 87, DO CC/16 - PESSOA DE POUCA INSTRUÇÃO - DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS - VÍCIO DOS ATOS POSTERIORES PRATICADOS

> COM A PROCURAÇÃO - REGISTRO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL SUPERIOR CR$- NECESSIDADE DA REALIZAÇÃO DO CONTRATO POR ESCRITURA PÚBLICA - INTELIGÊNCIA DO ART. 134, II, DO CC/16 - RECURSO IMPROVIDO.
> I - E nulo por vício decorrente de erro, a procuração assinada por pessoa que não podia ter ciência sobre os poderes que estava outorgando ao procurador.
> **II - A teor do que prescreve o art. 134, II, do CC/16, o contrato de compra e venda de imóvel, com valor superior a Cr$ 50.000,00, em que há ato translativo de domínio, deve ser feito por escritura pública. E por ser da substância do ato tal formalidade, seu não cumprimento acarreta a nulidade da negociação.**
> **(TJ/PR, Apelação Cível nº 3544610, 18ª Câmara Cível, Rel. Des. Rubens Oliveira Fontoura, Julgamento: 06/09/2006)**

Diante da ausência de observância da forma solene prescrita em lei, não merece prosperar a tese recursal de que a Declaração de Venda foi celebrada sob o manto da legalidade, não sendo, portanto, este negócio jurídico capaz de tornar nula a cessão de direitos hereditários celebrada posteriormente.

É de se ressaltar, ainda, que não merece guarida o argumento trazido pelos recorrentes de que o Sr. Manoel, outorgante cessionário da escritura de cessão de direitos, em virtude de sua idade avançada, tivesse com sua capacidade cognitiva reduzida a ponto de invalidar o negócio entabulado.

Cotejando as provas coligidas, denota-se que, em nenhum momento durante a instrução processual, foi anexado aos autos, pelos autores, qualquer laudo, perícia ou exame que atestassem a suposta incapacidade do agente para a prática dos atos da vida civil.

Logo, a incapacidade civil, no caso, não pode ser presumida, apenas sob o argumento de que o mesmo possuía, à época, mais de oitenta anos de idade.

Sobre o assunto, traz-se à lume o escólio de Fábio Ulhoa:

> A velhice por si só, não é causa de incapacidade. Por mais avançada na idade, a pessoa tem plena aptidão para cuidar diretamente de seus negócios, bens e interesses. Se, pressentindo a proximidade do fim, quiser gastar considerável volume de suas reservas patrimoniais em atividades de pura diversão e lazer, poderá fazê-lo sem que os descendentes ou outros eventuais sucessores tenham direito de impedi-la. Não se pode considerar pródigo àquele que, não tendo responsabilidade pelo sustento e educação de mais ninguém, gasta ludicamente as economias construídas durante a vida. (in Curso de direito civil. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1. p. 178)

Ademais, mesmo que se admitisse, hipoteticamente, a incapacidade civil do Sr. Manoel para ceder seus direitos hereditários em virtude de sua avançada idade, referido argumento também seria utilizado para invalidar a declaração de venda firmada com os próprios autores, considerando que a mesma foi entabulada apenas quatro anos

antes do instrumento impugnado. Ou seja, o Sr. Manoel já possuía mais de oitenta anos no momento em que teria efetivado a venda do imóvel aos autores, ora recorrentes.

Contudo, inobstante não sejam acolhidas as razões do recurso manejado pelos apelantes, verifica-se, de ofício, que a escritura pública de cessão de direitos hereditários objeto da presente ação anulatória está eivada de vícios insanáveis que a torna nula de pleno direito.

O ordenamento jurídico pátrio, nos termos do que preconiza o art. 104 do Código Civil, adotou a teoria segundo a qual todo ato jurídico ou negócio jurídico, para ter validade, carece de alguns pressupostos mínimos de validade, dentre eles: a capacidade do agente; ser o objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e forma prescrita ou não defesa em lei.

No caso concreto, o objeto da presente demanda – escritura pública de cessão de direitos hereditários firmada entre o outorgante cedente, Manoel Julião de Andrade, e a Associação Comunitária Cultural e Educacional e Agrícola de Santa Rosa, outorgada cessionária – em que pese tenha sido celebrado por agentes capazes, não respeitou as prescrições legais atinentes ao modo em que deveria ter sido lavrado.

Segundo o que reza o art. 1791, parágrafo único do Código Civil atual, até a partilha, o direito dos coerdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

Igual entendimento podia-se inferir do art. 1.580 do Código Civil de 1916, vigente à época da lavratura da escritura pública objeto da presente lide, que asseverava que, sendo chamadas, simultaneamente, a uma herança, várias pessoas, seria indivisível o seu direito, quanto a posse e ao domínio, até ultimar a partilha.

Logo, a escritura pública de cessão de direitos hereditários, realizada por um dos herdeiros, sobre bem individualizado, não poder ser validada, sob pena de adiantar um provimento que somente poderia ser homologado pelo juízo do inventário, após o devido processo legal.

Nesse sentido, posicionou-se o colendo Superior Tribunal de Justiça em decisão monocrática proferida pela e. Ministra Nacy Andrighi, ao apreciar o pleito liminar na Medida Cautelar nº 12.967/PA em 01/08/2007:

> (…) Não é possível, ao menos pelo exame perfunctório que é dado a esta relatora fazer em sede cautelar, reconhecer fumus boni iuris na pretensão recursal. Isso por dois motivos: Em primeiro lugar, porque a conclusão a que chegou o acórdão recorrido a respeito da invalidade do instrumento de cessão de direitos hereditários decorre da interpretação que a ele é dado fazer soberanamente do contrato. Resolvê-la, em sede de recurso especial, é vedado pela orientação contida na Súmula nº 5/STJ.
>
> Em segundo lugar, ao menos prima facie, equívoco do requerente em sua interpretação da vedação contida na lei, à cessão de "bem da herança considerado singularmente". A condição de bem singular ou de fração ideal não está presa à certeza, ou à incerteza quanto à sua realização. Assim, o direito objeto do processo não se torna 'fração ideal' meramente porque tem

> realização incerta. A expectativa pela procedência do pedido formulado na ação monitória diz respeito a um bem singular, individualizado. Sua cessão, portanto, a um dos herdeiros, não pode ser promovida sob pena de adiantar uma partilha que compete apenas ao juiz do inventário homologar. Nos termos do que dispõe o art. 1.580 do CC/16, vigente à época dos fatos, "sendo chamadas simultaneamente a uma herança, duas ou mais pessoas, será indivisível o seu direito, quanto à posse e ao domínio, até se ultimar a partilha.

É por essa interpretação dada pela doutrina e jurisprudência que o Código Civil de 2002 já trouxe expressamente, em seu art. 1.793, §2º, disposição reconhecendo a ineficácia da cessão de direitos hereditários sobre parte singular da herança, considerando que, antes do fim do processo de inventário, o herdeiro possui, apenas, expectativa de direito sobre o bem. Veja-se o que dispõe referido dispositivo:

> Art. 1.793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.
>
> § 1º Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente.
> § 2º É ineficaz a cessão, pelo coerdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.
>
> § 3º Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

A jurisprudência desta colenda 6ª Câmara Cível, sob a relatoria da e. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, também já se posicionou sobre o assunto, *in verbis:*

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. CESSÃO DE DIREITOS SOBRE IMÓVEL SEM OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 1.793, PARÁGRAFO TERCEIRO, DO CÓDIGO CIVIL. RECURSO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO.
> 1. No caso vertente, a cessão de direitos sobre o imóvel, pertencente ao monte partilhável, mostrou-se ineficaz, pois não se cumpriram os ditames do artigo 1.793, parágrafo terceiro, do código civil. e, ainda que o agravante insista na eficácia do negócio, não demonstrou a prévia autorização do juízo da sucessão, enquanto pendente a indivisibilidade.
> 2. Registre-se, por ser de bom alvitre, que a venda do bem somente poderia ser considerada válida se houvesse prévia autorização do juízo do inventário, o que não se evidencia no caso concreto.
> 3. Assim, não poderia a herdeira Maria Laureano do Nascimento ter transferido seus direitos hereditários, sem o consentimento dos demais herdeiros e autorização judicial, bem integrante do acervo patrimonial do

espólio.
4. Agravo conhecido e improvido. Decisão monocrática mantida.
(Agravo de Instrumento 4597727201080600000 Relator(a): SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 6ª Câmara Cível Data de registro: 05/07/2012)

Na mesma direção, é o entendimento dos Tribunais Pátrios:

APELAÇÃO CÍVEL . CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS . BEM SINGULARIZADO . REGISTRO IMOBILIÁRIO . ALVARÁ JUDICIAL . IMPOSSIBILIDADE . PRINCÍPIO DA INDIVISIBILIDADE DA HERANÇA (ART. 1791, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO CIVIL). EXTINÇÃO DO FEITO POR IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO . CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA MONOCRÁTICA . APELO IMPROVIDO .
1 - A escritura de cessão de direitos hereditários não constitui modo de aquisição da propriedade, uma vez que os herdeiros só podem transferir o domínio da herança após o registro do formal de partilha, em respeito ao princípio da indivisibilidade da herança (art. 1791, parágrafo único do Código Civil).
2 - Via alvará judicial levantam-se apenas pequenas quantias deixadas pelo falecido, a exemplo de saldos bancários, de depósitos de privados do FGTS e do PIS-PASEP não recebidos em vida pelo respectivo titular, cadernetas de poupança, restituição de tributos e investimentos de pequeno valor, se o de cujus não tiver deixado dependentes habilitados perante a Previdência Social, nos termos da Lei n .º 6 . 858/80 3- Apelo improvido . Unanimidade. (TJ/MA, Apelação Cível nº 373232009, Rel. Des. Raimundo Freire Cutrim, Julgamento: 18/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - INTEMPESTIVIDADE DO RECURSO - PRELIMINAR REJEITADA - AÇÃO REIVINDICATÓRIA - ILEGITIMIDADE DO AUTOR - ESCRITURA PÚBLICA DE CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS SOBRE BEM IMÓVEL: DOCUMENTO INÁBIL A OPERAR TRANSFERÊNCIA DE DOMÍNIO AO AUTOR - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE DA PARTE RÉ - AÇÃO QUE DEVERIA HAVER SIDO PROPOSTA CONTRA O ESPÓLIO - APELO IMPROVIDO.
1) Preliminar de intempestividade do recurso: tendo-se tomado ciência da sentença em 17/01/2008 e interposto a apelação em 01/02/2008, vê-se que não decorreu o prazo (de 15 dias) sem manifestação da parte.
2) A ação reivindicatória é ação real que propõe o senhorio da coisa contra terceiro que injustamente a possua ou detenha. Basta, pois, à configuração de legitimidade das partes que assim se apresentem réu e autor, devendo este exibir título de propriedade sobre o bem.
3) Não cabe a pretensão de equiparar situações distintas - e de efeitos diversos -, quais sejam, a simples expectativa de direito à aquisição da propriedade e o direito de propriedade mesmo. A cessão de bem pertencente ao espólio não surte efeito algum, a menos que, após a partilha, caiba ele,

> efetivamente, a quem se prestou a cedê-lo. Tal cessão não opera qualquer efeito referente à propriedade no mundo dos fatos.
> 4) O patrimônio do de cujus, enquanto não ultimada a partilha e não determinada qual fração dos bens caberá a cada herdeiro ou sucessor, é tido como uma unidade capaz de demandar e de ser demandada.
> (TJ/PE, Apelação Cível nº 168799, Rel. Des. Eduardo Augusto Paura Peres, 6ª Câmara Cível, Data de julgamento: 06/08/2009)

O fato de ter sido lavrada escritura pública de cessão de direitos hereditários sobre bem individualizado já seria suficiente, por si só, para reconhecer a nulidade absoluta do ato jurídico celebrado, desde a sua formação, porquanto o mesmo sofre de vício essencial relativo à forma prevista em lei para a sua prática.

É de ser ressaltado, por oportuno, que referida nulidade é absoluta e, por consequência, pode ser reconhecida de ofício pelo magistrado, não estando sujeita à prescrição, considerando que os atos jurídicos nulos não se convalescem pelo decurso do tempo.

Não bastasse referida nulidade apontada, verifica-se que o instrumento público atacado na Ação Anulatória também não poderá ser levado a registro no Cartório de Registro Imobiliário por duas razões. Primeiro porque o instrumento de cessão de direitos hereditários não está elencado no rol dos arts. 167, inc. I, e 221, I a V, ambos da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973). Segundo porque o registro público antecedente fora lavrado de forma equivocada, porquanto foi oriundo de outra escritura de cessão de direitos hereditários, a qual também não poderia ter sido levada a registro.

Assim, mesmo que, em hipótese, se admitisse como válida a escritura pública objeto da presente ação, a mesma estaria desrespeitando o princípio da continuidade registral, previsto no art. 237 de referida Lei, pois o registro imobiliário anterior, por mais que esteja produzindo todos os efeitos legais, consoante regra estipulada no art. 252, também possui vícios insanáveis e não convalidados pelo tempo, tampouco pela vontade das partes.

Os dispositivos legais supramencionados dispõem, *in verbis:*

> Art. 237. "Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro."
>
> Art. 252. "O registro, enquanto não cancelado, produz todos os efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto, ou rescindido."

Logo, é de se concluir que, diante da complexidade da matéria tratada no caso concreto, bem como do reconhecimento da invalidade da declaração de venda e da nulidade absoluta da escritura pública de cessão de direitos imobiliários outorgada pelo Sr. Manoel Julião de Andrade à Associação Comunitária Cultural e Educacional e

Agrícola de Santa Rosa, a questão relativa à propriedade do bem em discussão somente poderá ser dirimida pelo exercício da posse mansa e pacífica da autora a ser comprovada através de Ação de Usucapião.

Por todo o exposto, com fulcro nos excertos jurisprudenciais colacionados, conheço do Recurso de Apelação para negar-lhe provimento. Contudo, reconheço, de ofício, a nulidade absoluta da escritura pública de cessão de direitos hereditários objeto da presente ação, por desrespeitar a forma prevista em lei para a sua lavratura, reformando-se parcialmente a sentença somente nesse sentido.

É como voto.

Fortaleza, 09 de outubro de 2013

PROCESSO: 0040101-30.2006.8.06.0001 – APELAÇÃO
APELANTE: PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA
APELADO: ANA VIRGÍNIA WAGNER PLUTARCO
RELATORA: DES. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO SOB O REGIME DE CONSTRUÇÃO A PREÇO DE CUSTO. ART. 58, DA LEI FEDERAL Nº 4.591/64. INOBSERVÂNCIA DAS ATRIBUIÇÕES DO CONDOMÍNIO. ARRECADAÇÃO DAS PRESTAÇÕES EM ATRASO PELA EMPRESA CONSTRUTORA-INCORPORADORA. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA APELANTE RECONHECIDA NA ESPÉCIE. DEVOLUÇÃO DAS QUANTIAS PAGAS POR CONTRATANTE DESISTENTE. APLICAÇÃO DO ART. 63, §4º, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. DEDUÇÃO DAS QUANTIAS EM DÉBITO E DAS DESPESAS COM O LEILÃO EXTRAJUDICIAL. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA.

1. A apelante detinha controle absoluto sobre os aspectos financeiros do empreendimento imobiliário, recebendo e arrecadando os valores relativos à administração da obra, o que representa inegável supressão da responsabilidade, atribuída, por lei, à Comissão de Representantes dos condôminos. Destarte, resta descaracterizado, na espécie, o regime de administração ou a preço de custo de que trata o art. 58, da Lei nº 4.591/64, sendo a empresa recorrente parte legítima para figurar no pólo passivo do presente feito.

2. O direito à devolução das prestações pagas pelo contratante desistente não é integral, já que, segundo dispõe o art. 63, §4º, da Lei de Condomínios e Incorporações, do valor apurado em leilão (da quota-parte do faltoso), hão de ser abatidas as quantias em mora, as demais despesas ocorridas, tais como publicações e honorários advocatícios, 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória. Precedente do STJ.

3. No caso dos autos, a sentença condenou a parte apelante à restituir 90% dos valores pagos pela parte apelada, deixando de levar em consideração, portanto, a possibilidade de

desconto de outros dispêndios autorizados por lei, além da multa compensatória de 10%, tais como as despesas com leilão, inclusive anúncios, honorários e comissão de leiloeiro. Sendo assim, é de se proceder à reforma da sentença, para permitir que - das importâncias arrecadadas pela apelante em leilão extrajudicial - sejam deduzidas todas as despesas previstas no art. 63, §4º, da Lei nº 4.591/64, adequando-se, os contratos, contudo, às normas de regência, a fim de que a dedução da comissão do leiloeiro fique limitada à base de 5% (cinco por cento). Precedentes.
4. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Proc de n.º 0040101-30.2006.8.06.0001, em que são partes as acima indicadas, acorda a Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer da Apelação Cível, dando parcial provimento a este recurso, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 4 de setembro de 2013

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação Cível (fls. 260/271) manejado pela sociedade empresarial PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA, objetivando, em suma, a reforma de sentença de mérito (fl. 251/256) por meio da qual o Juízo da 13ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza houve por bem julgar parcialmente procedentes os pedidos da Ação Ordinária de Rescisão Contratual c/c devolução de valores e antecipação de tutela – esta ajuizada por ANA VIRGÍNIA WAGNER PLUTARCO em face da parte ora recorrente (petição inicial às fls. 03/07).

Na peça exordial, a autora/apelada narrou que:

(i) adquiriu da construtora promovida, aqui recorrente, 4 (quatro) apartamentos a serem construídos no Condomínio Cruzeiro do Sul, Bloco D (contratos de nº 008.160, 008.161, 008.162, 008.163), quitando, no total, o valor de R$ 67.147,95 (sessenta e sete mil cento e quarenta e sete reais e noventa e cinco centavos);

(ii) após a data do pagamento da última prestação vencida, que vinha sendo paga em dia, a promovente, "dada a dificuldade econômica que atravessa o país", perdeu o emprego, ficando, então, impossibilitada de pagar as parcelas restantes, razão pela

qual contactou a promovida para buscar uma solução amigável no intuito de proceder ao distrato das avenças e o recebimento das prestações pagas até então;

(iii) segundo a promovente, a construtora não estudou a proposta verbal feita, limitando-se apenas a informar que as prestações não seriam devolvidas e que o nome da autora poderia sofrer restrições no mercado;

(iv) Diante deste panorama, a suplicante encaminhou correspondência extrajudicial à promovida, pugnando pelo direito à rescisão e requerendo a devolução das prestações pagas, haja vista a impossibilidade de continuar com os pagamentos e considerando que "não havia usufruído nenhuma vantagem com a transação." Entretanto, a promovida não ofereceu nenhuma resposta, o que demonstraria o intento de locupletar-se ilicitamente.

Ainda na peça inaugural a autora argumenta que, com base em precedente emanado desta Corte, que as empresas do setor imobiliário têm a obrigação de devolver, ao adquirente que desistiu de comprar imóvel, as parcelas já pagas.

Finalmente, postulou a concessão de medida de antecipação dos efeitos da tutela, para que a promovida se abstivesse de incluir o nome da promovente nos órgãos de restrição ao crédito, até o julgamento definitivo da lide, pleiteando, ademais, a confirmação do provimento antecipatório na sentença e a condenação da empresa construtora à devolver os valores já pagos, devidamente atualizados.

Vieram em anexo com a petição inicial os documentos de fls. 08/31.

A resposta veio sob a forma de contestação às fls. 40/55, acompanhada do feixe documental de fls. 56/224.

Réplica às fls. 226/227.

Às fls. 251/256 o juízo *a quo* proferiu sentença em que julga procedentes, em parte, os pedidos autorais, declarando na ocasião a rescisão do contrato realizado entre as partes e condenação a empresa requerida a devolver o percentual de 90% (noventa por cento) dos valores efetivamente pagos pela promovente, acrescidos de juros à taxa de 1% ao mês e correção monetária a partir da citação.

Inconformada com o teor do ato sentencial, a PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÃO LTDA interpôs o apelatório de fls. 260/271, alegando, em suma que:

(i) os contratos em tela foram pactuados sob o regime de administração, onde a responsabilidade pelo custeio integral da obra e construção seria de responsabilidade de todos os contratantes, inclusive da promovente, na proporção da fração ideal do terreno correspondente a uma futura unidade do respectivo condomínio a ser construído;

(ii) que, de acordo com o art. 58, da Lei Federal nº 4.591/64, nas incorporações em que a construção for contratada pelo regime de administração, também chamado "a preço de custo", será de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes o pagamento do custo integral da obra, observado o disposto nos inc. I e II, dos quais se conclui que todas as contribuições dos condôminos para qualquer fim relacionado com a construção serão depositados em contas abertas em nome do condomínio dos contratantes.

(iii) argumenta a apelante, com efeito, que, sendo os adquirentes os responsáveis pelo custeio da obra/condomínio, o custo e recebimento das prestações são revestidas na própria construção, de sorte que a apelada não poderia pensar que estaria numa "caderneta de poupança", em que depois de algum período, poderia lançar mão do valor investido;

(iv) aduz não ter havido propriamente a "venda" do apartamento ainda não construído, ocorrendo, em verdade, um ajuste para sua construção à custa da apelada, para que, ao final, fosse averbada a construção no Registro de imóveis, chamando-se isto de "construção a preço de custo", em que a apelante era simplesmente mera executora da obra, a serviço do condomínio – no caso, denominado "Condomínio Vila Morena", ao qual incumbia, segundo a recorrente, arrecadar o aporte de recursos, adquirir materiais para construção, pagar a mão-de-obra e proceder ao reajuste das prestações.

Sustenta, portanto, que não podendo o condômino arcar com as despesas da construção, deve tentar repassar a unidade a terceiros, ou em caso de inadimplemento, aguardar a realização de leilão extrajudicial como forma de se apurar valores para restituição ao inadimplente/desistente, nos termos do art. 63 e parágrafos da Lei nº 4.591/64.

Defende, outrossim, que o juiz singular prestigiou o regramento do Código de Defesa do Consumidor, ignorando, o magistrado, contudo, as disposições da multicitada Lei nº 4.591/64, que rege os condomínios em edificações e as incorporações imobiliárias, notadamente quanto ao que preceitua o já citado art. 63 do mesmo diploma legal.

Roga, ao final, pelo provimento do recurso, afim de que a sentença recorrida seja totalmente reformada e "revogada" em todos os seus termos.

O apelatório foi recebido no duplo efeito à fl. 276.

Contrarrazões recursais às fls. 280/282.

Após encaminhados os autos para esta Corte, o recurso foi autuado e registrado eletronicamente (fl. 286) e distribuído por sorteio a este Relatora (fl. 287), vindo-me, empós, concluso (fl.288).

É o relatório.

À douta revisão.

VOTO

Ab initio, conheço da Apelação, pois presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade recursal.

Desde logo, julgo necessário enfrentar, *ex officio*, questão de ordem pública concernente à legitimidade passiva *ad causam* da empresa construtora-incorporadora, aqui apelante, haja vista que, na hipótese dos autos, os contratos entabulados entre as partes qualificam-se como sendo, entre outros atributos, de *"*incorporação e construção por administração".

Destarte, segundo o regramento estabelecido para as incorporações realizadas pelo regime de administração, também denominado "a preço de custo" (art. 58, da Lei nº 4.591/64), cabe aos proprietários/adquirentes - por meio de sua Comissão de Representantes (art. 61) - receber e arrecadar os valores relativos à administração do empreendimento imobiliário, competindo-lhes, ainda, cobrar dos inadimplentes as parcelas em atraso, e promover os atos de leilão previsto no art. 63, §1º, da multicitada lei.

Com efeito, no aludido regime, incumbe, em verdade, aos proprietários, condôminos, a responsabilidade sobre o custo integral da obra, e, por via de consequência, o controle financeiro do empreendimento.

Neste sentido, EVERALDO AUGUSTO CAMBLER, esclarece:

> "Na incorporação contratada pelo regime de administração, também denominada 'a preço de custo', o incorporador promove o empreendimento e administra sua execução, ficando a cargo da empresa construtora a execução da obra, sendo de responsabilidade dos proprietários ou adquirentes das unidades condominiais o custo integral da obra (art. 58, *caput*). A unidade condominial é oferecida mediante a prévia estimativa de seu valor, pagando o adquirente o preço com o transcurso da obra, arcando com o custo efetivo dos insumos utilizados, v.g., compra de materiais, variação salarial da mão-de-obra, custo de administração da obra etc., como se ele próprio a estivesse executando" (Responsabilidade Civil na Incorporação Imobiliária. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1997, pp. 264/265)[1].

Sob esta perspectiva é que, sendo a incorporação imobiliária realizada pela sistemática de construção por administração, a empresa construtora não detém, via de regra, legitimidade para figurar no pólo passivo da ação que almeja, assim como no caso concreto em exame, a devolução das parcelas pagas ao condomínio.

Forçoso atentar, porém, que, de acordo com o inferido da Cláusula Vigésima Sétima dos contratos em análise, a PORTO FREIRE ENGENHARIA LTDA, reunia a um só tempo a condição de construtora, incorporadora e alienante das unidades imobiliárias, arrogando-se, para tanto, da maior partes das atribuições da massa condominial, como, por exemplo: "administração geral do empreendimento"(alínea "a") ; ii) arrecadação e cobrança de todos os valores devidos pelos subscritores de unidades autônomas (alínea "c"); cobrança das prestações dos condomínios faltosos (alínea "d"); movimentação da conta bancária (alínea "h").

À mesma empresa foi tocada desempenhar, ainda, a "representação do condomínio, ativa e passivamente, em juízo ou fora dele, podendo, para tanto, outorgar procurações com todos os poderes da cláusula ad juditia sem prazo de validade" (alínea "l").

Tem-se à toda evidência, portanto, que a apelante exercia controle absoluto sobre a construção do empreendimento imobiliário, inclusive – sublinhe-se – quanto aos

aspectos financeiros da obra, o que representa inegável supressão da responsabilidade, atribuída por lei, à Comissão de Representantes dos adquirentes, razão pela qual é de se reconhecer a legitimidade passiva *ad causam* da PORTO FREIRE ENGENHARIA LTDA na espécie.

O entendimento aqui exposto é corroborado por precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE ADMINISTRAÇÃO (PREÇO DE CUSTO). DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS POR ADQUIRENTE. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INCORPORADORA QUE RESTOU RESPONSÁVEL POR TODA A ADMINISTRAÇÃO DO EMPREENDIMENTO, INCLUSIVE PELO RECEBIMENTO DAS PARCELAS PAGAS PELOS CONDÔMINOS.
> 1. Não há falar em violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. O Eg. Tribunal a quo dirimiu as questões pertinentes ao litígio, afigurando-se dispensável que venha examinar uma a uma as alegações e fundamentos expendidos pelas partes.
> 2. A construção do imóvel sob o regime de administração (preço de custo), na forma do artigo 58 da Lei nº 4.591/64, é negócio coletivo, administrado pelos próprios condôminos, adquirentes de frações ideais do empreendimento, que, por meio de uma comissão de representantes, recebe, administra e investe os valores vertidos por todos, motivo pelo qual os riscos do empreendimento são de responsabilidade dos próprios adquirentes, sendo incabível, em regra, que a incorporadora figure no pólo passivo da ação de devolução das parcelas pagas e administradas pelo condomínio.
> 3. Contudo, no caso ora em análise, embora exista a figura do condomínio, os valores devidos para a realização da construção eram pagos diretamente ao alienante das frações ideais, o qual se confunde com os incorporadores, restando ao condomínio, somente, a fiscalização das obras realizadas, razão pela qual não há falar em carência da ação, respondendo os réus, em tese, pela devolução dos valores pagos e pelos eventuais danos decorrentes do alegado inadimplemento da obrigação.
> 4. Recurso especial conhecido em parte, e, nesta parte, provido.
> (REsp 426.934/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 12/04/2010)

Por fim, nesse particular, veja-se que nossa Corte Estadual já teve oportunidade de julgar caso muito semelhante ao presente - no qual, aliás, a PORTO FREIRE ENGENHARIA LTDA também figurava como parte.

Na ocasião, encampou-se linha de compreensão idêntica a exposta neste voto:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO.

> ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA EM FACE DAS PECULIARIDADES DO CASO. RESCISÃO DO CONTRATO POR INADIMPLÊNCIA DO ADQUIRENTE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. POSSIBILIDADE. MULTA COMPENSATÓRIA. REDUÇÃO. CLÁUSULA ABUSIVA. NULIDADE. ART. 63 DA LEI Nº 4.591/64. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. O Contrato foi firmado diretamente com a incorporadora promovida, também responsável pela edificação do empreendimento e que, inclusive, participou ativamente de outros atos exclusivos do condomínio, razão pela qual se rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva.
> 2. Embora a rescisão do contrato tenha se dado em razão da inadimplência do autor, tem este direito à restituição das parcelas adimplidas, conforme previsão do § 4º, do art. 63 da Lei Nº 4.591/64.
> 3. A existência de cláusula abusiva implica na declaração de sua nulidade, aplicando-se ao caso as normas do Código de Defesa do Consumidor.
> 4. Recurso conhecido, mas desprovido. Sentença mantida
> (Apelação cível 53164981200080600011, Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data do julgamento: 30/03/2009, Data de registro: 03/04/2009)

Superada esta primeira etapa de julgamento, passo a tratar do objeto litigioso.

No mérito, tem-se que a parte promovente (ora apelada) firmou, junto à PORTO FREIRE ENGENHARIA E INCORPORAÇÕES LTDA (aqui apelante), quatro ajustes de "compra e venda de fração ideal de terreno, de incorporação e construção por administração e de adesão a condomínio em edificação" para aquisição de imóveis no condomínio residencial de nome "Cruzeiro do Sul" (fls.100/159).

Quando já havia quitado, no total, o importe de R$ 67.147,95 (sessenta e sete mil cento e quarenta e sete reais e noventa e cinco centavos) das quatro avenças, a parte promovente/apelada viu-se impossibilitada, de adimplir as prestações restantes, razão pela qual requereu da referida construtora a devolução integral das prestações já pagas, uma vez que, segundo afirma, não havia usufruído nenhuma vantagem com as transações.

Negado pelas vias amigáveis o pleito de restituição, a promovente/apelada ajuizou Ação Ordinária de Rescisão Contratual c/c pedido de devolução de valores (fl. 03/07) , alegando, em suma, a impossibilidade de perda total das quantias prestadas, considerando que não retirou qualquer proveito dos imóveis que pretendia adquirir. Invoca, nesse particular, jurisprudência de nossa Corte Estadual e do Superior Tribunal de Justiça.

A sentença proferida na origem reconheceu o direito à restituição do percentual de 90% dos valores efetivamente pagos (fl. 255).

Inconformada, a apelante recorreu, explicando, em síntese, ter sido contratada sob o regime de administração, também chamado "a preço de custo", em que, os adquirentes/proprietários, em condomínio, são responsáveis pelo pagamento do

custo integral da obra, conforme art. 58, da Lei Federal nº 4.591/64.

Nessa esteira, segundo a recorrente, eventual inadimplência/desistência no pagamento das prestações há de implicar na rescisão do contrato, devendo o condomínio, através de sua comissão de representantes, repassar a terceiro a unidade adquirida pelo desistente ou inadimplente, realizando leilão extrajudicial onde devem ser deduzidas, do preço apurado, as despesas ocorridas, que se reverterão em benefício dos contratantes. Neste sentido, pugna pela aplicação do art. 63, do diploma normativo acima referido.

Urge trazer à baila, desde logo, as disposições da Lei Federal nº 4.591/94, notadamente de seu art. 63, *caput* e parágrafos, cujo texto reproduzo abaixo, *in verbis:*

> "Art. 63. É lícito estipular no contrato, sem prejuízo de outras sanções, que a falta de pagamento, por parte do adquirente ou contratante, de 3 prestações do preço da construção, quer estabelecidas inicialmente, quer alteradas ou criadas posteriormente, quando for o caso, depois de prévia notificação com o prazo de 10 dias para purgação da mora, implique na rescisão do contrato, conforme nele se fixar, ou que, na falta de pagamento, pelo débito respondem os direitos à respectiva fração ideal de terreno e à parte construída adicionada, na forma abaixo estabelecida, se outra forma não fixar o contrato.
> § 1º Se o débito não for liquidado no prazo de 10 dias, após solicitação da Comissão de Representantes, esta ficará, desde logo, de pleno direito, autorizada a efetuar, no prazo que fixar, em público leilão anunciado pela forma que o contrato previr, a venda, promessa de venda ou de cessão, ou a cessão da quota de terreno e correspondente parte construída e direitos, bem como a sub-rogação do contrato de construção.
> § 2º Se o maior lanço obtido for inferior ao desembolso efetuado pelo inadimplente, para a quota do terreno e a construção, despesas acarretadas e as percentagens expressas no parágrafo seguinte será realizada nova praça no prazo estipulado no contrato. Nesta segunda praça, será aceito o maior lanço apurado, ainda que inferior àquele total, .
> § 3º No prazo de 24 horas após a realização do leilão final, o condomínio, por decisão unânime de Assembléia-Geral em condições de igualdade com terceiros, terá preferência na aquisição dos bens, caso em que serão adjudicados ao condomínio.
> **§** 4º Do preço que for apurado no leilão, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas ocorridas, inclusive honorário de advogado e anúncios, e mais 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, que reverterão em benefício do condomínio de todos os contratantes, com exceção do faltoso, ao qual será entregue o saldo, se houver."

Como se depreende da leitura do parágrafo quarto, em realce, o direito à devolução das prestações pagas pelo contratante desistente não é integral, já que, do valor apurado em leilão (da quota-parte do faltoso), hão de ser abatidas as quantias em mora, as demais despesas ocorridas, tais como publicações e honorários advocatícios, 5% a título de comissão e 10% de multa compensatória, tudo a ser revertido em favor do condomínio, se for o caso – restando excluído do auferimento das deduções, por óbvio,

o inadimplente, a quem deve ser entregue tão somente o saldo.

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, com a precisão que lhe era habitual, comenta:

> "(...) apurado o preço da adjudicação, deduzir-se-lhe-ão o débito, os honorários de advogado, a percentagem relativa à comissão (5%) e à multa (10%) em benefício do condomínio, bem como despesas, inclusive com publicações. O remanescente eventual, será então restituído ao adquirente faltoso. Se é justo que não compartilhe ele das vantagens nem da multa e comissão instituída em favor do condomínio, não poderá este, por outro lado, locupletar-se à sua custa, retendo a valorização dos direitos do inadimplente"
> (Condomínio e Incorporações, 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 326)[2]

Nesse contexto, não remanesce dúvida de que a aplicação do prefalado art. 63, §4º possibilita deduções do preço apurado no leilão extrajudicial em favor do condomínio, o que igualmente se confirma pelo teor de aresto proveniente do Superior Tribunal de Justiça, trazido à lume em sequência:

> RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. CONSTRUÇÃO A PREÇO DE CUSTO. CONDÔMINOS INADIMPLENTES. LEILÃO DAS FRAÇÕES IDEAIS. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. Tratando-se de construção sob o regime de administração ou preço de custo, o construtor não pode ser considerado parte legítima para figurar no polo passivo de ação cujo escopo seja a restituição de parcelas pagas diretamente ao condomínio e por ele administradas para investimento na construção.
> 2. No caso em exame, os proprietários do terreno e os adquirentes das frações ideais formaram condomínio, ajustando a construção de edifício, sob o regime de preço de custo. Destarte, a relação jurídica estabeleceu-se entre os condôminos e o condomínio. Os primeiros ficavam responsáveis pelos custos da obra e o segundo por sua administração, fiscalização e pelos investimentos dos valores percebidos no empreendimento imobiliário.
> 3. Não há relação de consumo a ser tutelada pelo Código de Defesa do Consumidor. Na realidade, a relação jurídica, na espécie, é regida pela Lei de Condomínio e Incorporações Imobiliárias (Lei 4.591/64).
> 4. O art. 63 dessa lei prevê a possibilidade de o condomínio alienar em leilão a unidade do adquirente em atraso, visando à recomposição de seu caixa e permitindo que a obra não sofra solução de continuidade. Todavia, a autorização de alienação do imóvel não pode ensejar o enriquecimento sem causa do condomínio, de maneira que o § 4º estabelece que do valor arrematado deverão ser deduzidos: (I) o valor do débito; (II) as eventuais despesas; (III) 5% a título de comissão; e (IV) 10% de multa compensatória. E, havendo quantia remanescente, deverá ser devolvida ao condômino inadimplente.

> 5. Recurso especial parcialmente provido.
> (REsp 860064/PR, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 02/08/2012)

A jurisprudência dos tribunais estaduais corrobora o entendimento exposto. É o que se observa dos seguintes acórdãos:

> Ementa:
> COBRANÇA - COTA EM EMPREENDIMENTO DE INCORPORAÇÃO - ARTIGO 63 §4º LEI 4591/64.
> 1- O condômino participante de construção de Shopping Center, sob forma de incorporação, constituído em mora por falta de pagamento (artigo 58) só tem direito a devolução de saldo, depois de descontadas todas as despesas de lei e efetivadas com o leilão.
> 2- O artigo 63, prevê o leilão público, a possibilidade de adjudicação pelo Condomínio, o pagamento de todas as despesas, multa e comissão previstas no § 4º, somente se houver saldo será devolvido**.**
> 3- Não trazendo o autor com a inicial as provas (artigo 282,IV) do direito pretendido, silente quanto a produção de outras, artigo 333 CPC, não há como presumir verdadeiras as alegações. Negado Provimento. (Apelação Cível Nº 70000195834, Décima Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Elba Aparecida Nicolli Bastos, Julgado em 11/04/2000)

> CIVIL. CONDOMÍNIO PELO REGIME DE ADMINISTRAÇÃO. CONDÔMINO INADIMPLENTE. LEILÃO EXTRAJUDICIAL DO BEM. POSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. IMPROPRIEDADE. APURAÇÃO DO SALDO CONFORME ART. 63, § 4º DA LEI Nº 4.561/1964. REMESSA À LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. INVERSÃO DO ÔNUS SUCUMBENCIAL. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.
> Apurado o preço da arrematação ou adjudicação, deduzir-lhe-ão o débito, os honorários de advogado, a percentagem relativa à comissão (5%), multa (10%) em benefício do condomínio, bem como as despesas, inclusive com publicações. O remanescente eventual será, então, restituído ao adquirente faltoso**.** Se é justo que não compartilhe ele das vantagens nem da multa e comissão instituída em favor do condomínio, não poderá este, por outro lado, locupletar-se à sua custa, retendo a valorização dos direitos do inadimplente.
> (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Condomínio e incorporações. 10. ed. Rio de Janeiro, 1999. p. 325/326) (TJSC, Apelação Cível n. 2000.011128-7, de Balneário Camboriú, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. 11-08-2005).

Idêntica orientação emana deste E. Sodalício:

> Ementa: PROCESSO CIVIL. DIREITO IMOBILIÁRIO. INCORPORAÇÃO POR ADMINISTRAÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AFASTADA EM FACE DAS PECULIARIDAES DO CASO. RESCISÃO DE CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO

> DE VALORES PAGOS. REDUÇÃO DA MULTA. OBSERVÂNCIA DA NORMA DO ART.63 DA LEI Nº 4.591/64. SENTENÇA MODIFICADA.
> 1.O contrato foi firmado diretamente com a Incorporadora promovida, que, inclusive, participou ativamente de outros atos exclusivos do condomínio. Preliminar rejeitada.
> 2.Desde a realização do leilão, houve o desfazimento legal do contrato, ficando a situação juridicamente definida, motivo pelo qual não procede o pedido de rescisão.
> 3.A existência de cláusula abusiva implica na redução do percentual de retenção do valor pago pela autora, segundo as normas do CDC.
> 4.A forma de apuração dos valores a serem restituídos à autora, deverá observar a norma do art.63 da Lei Nº 4.591/64**.**
> 5. Recurso conhecido e parcialmente provido.
> (Apelação cível 49629410200080600011, Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES, Órgão julgador: 3ª Câmara Cível, Data do julgamento: 23/06/2008, Data de registro: 03/07/2008)
>
> Ementa: CIVIL. PROCESSO CIVIL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**.** É legítima a cláusula contratual em que os condôminos outorgaram à comissão de representantes autorização para efetuar o leilão previsto no art. 63, § 1°, da Lei n° 4.591, de 16.12.64. Se mesmo em segunda praça, realizada na conformidade do previsto no § 2° do artigo citado, o lanço alcançado não for suficiente para cobrir o valor das prestações pagas pelo comprador inadimplente, deduzidas as despesas efetuadas com o leilão, este deve ser mantido. Constitui objeto do leilão o valor da fração ideal e das prestações pagas pelo inadimplente, não podendo delas ser descontadas prestações vencidas após a realização do leilão. Recurso parcialmente provido.
> (Apelação cível 44555196200080600000, Relator(a): JOSÉ ARÍSIO LOPES DA COSTA, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data de registro: 26/08/2005)

Analisando, de forma detida, os documentos colacionados aos autos, é possível constatar que os instrumentos contratuais[3] preveem, na Cláusula Décima Oitava, parágrafo quarto (fls. 108, 123, 137, 153), que, do preço ajustado no leilão extrajudicial para alienação da fração ideal e da respectiva parte construída, serão deduzidas as quantias em débito, todas as despesas realizadas, inclusive despesas com publicações, comissões de leiloeiro na base de 10% (dez por cento), multa compensatória de 10% (dez por cento), e honorários advocatícios.

Ora, de pronto se observa que a cláusula contratual examinada possui uma única ilegalidade, consistente, no caso, em estipular a comissão do leiloeiro no percentual de 10%, haja vista que a incidência do aludido encargo é limitada ao percentual de 5%[4] em razão da diretriz consolidada no art. 63, §4º da Lei de Condomínios e Incorporações.

Um adendo se faz para recordar que a sentença condenou a parte apelante à restituir 90% dos valores pagos pela parte apelada, deixando de levar em consideração, portanto, a possibilidade de desconto de outros dispêndios autorizados por lei, além da

multa compensatória de 10%, tais como as despesas com leilão, inclusive anúncios, honorários e comissão de leiloeiro.

Sendo assim, é de se proceder à reforma da sentença, para permitir que - das importâncias arrecadadas pela apelante em leilão extrajudicial - sejam deduzidas todas as despesas previstas no parágrafo quarto da Cláusula Décima Oitava das avenças em análise.

Nada obstante, é de se adequar os contratos às normas de regência, a fim de que a dedução da comissão do leiloeiro fique limitada à base de 5% (cinco por cento), consoante preceitua o art. 63, §4º, da Lei de Condomínios e Incorporações, bem como o art. 24, parágrafo único, do Decreto nº 21.981/32.

CONCLUSÃO:

Diante de todo o exposto, conheço da presente Apelação Cível, recurso a que dou parcial provimento, para, reformando a sentença recorrida, determinar que do valor apurado pela parte apelante com o leilão dos imóveis objeto dos contratos especificados na peça exordial sejam deduzidos os valores referentes às despesas previstas no parágrafo quarto da Cláusula Décima Oitava das referidas avenças (parte geral), limitada a comissão do leiloeiro ao percentual de 5% (cinco por cento).

As quantias desembolsadas pela parte apelante em função dos atos de leilão extrajudicial de que trata o art. 63, §4º, da Lei nº 4.591/64, deverão ser devidamente comprovadas em sede de liquidação de sentença.

Enfim, mantenho a condenação dos honorários de sucumbência da forma em que estipulada no *decisum* de primeiro grau[5].

É como voto.

Fortaleza, 4 de setembro de 2013

---

1 Trecho extraído do Voto proferido no Resp. Nº 860064, da eminente Relatoria do Ministro Raul Araújo (STJ, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 02/08/2012)

2 Trecho extraído do Voto proferido no Resp. Nº 860064, da eminente Relatoria do Ministro Raul Araújo (STJ, QUARTA TURMA, julgado em 27/03/2012, DJe 02/08/2012)

3 Idênticos no conteúdo relativo à "parte geral".

4 O percentual de 5% é igualmente estipulado pelo art. 24, parágrafo único, do Decreto 21.981/32, que regulamenta a profissão de Leiloeiro no Brasil.

5 Note-se, nesse particular, que o magistrado de piso equivocou-se ao estipular a divisão *pro rata* dos ônus sucumbenciais, já que, no juízo de primeira instância, a parte autora, ora apelada, decaiu de parte mínima dos pedidos (art. 21, parágrafo único, do CPC), visto ter auferido 90% das quantias pleiteadas.
Destarte, uma vez provido parcialmente o recurso interposto pela parte apelante, entendo que somente agora se tem a hipótese de sucumbência recíproca, a justificar a aplicação do art. 21, *caput*, do CPC.

PROCESSO: 0123732-27.2010.8.06.0001 – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO
APELANTE / APELADO: ESTADO DO CEARÁ
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 9ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE / APELADO: FRANCISCA LAUDENIS MARTINS DE MELO
RELATORA: DES. MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO DE PROFESSOR DA REDE ESTADUAL. DOCUMENTAÇÃO ESPECÍFICA DE LICENCIATURA EM PEDAGOGIA COM ESPECIALIDADE EM LÍNGUA INGLESA EXIGIDA PELO PODER PÚBLICO QUE, NA ESPÉCIE, REVELOU-SE DESPROPORCIONAL. CANDIDATA QUE APRESENTA DIVERSOS DOCUMENTOS QUE DEMONSTRAM QUE, ALÉM DE SER FORMADA EM PEDAGOGIA, POSSUI DIVERSOS DIPLOMAS INTERNACIONAIS COMPROVANDO SUA PROFICIÊNCIA EM LÍNGUA INGLESA. APELAÇÃO DO ESTADO DESPROVIDA. NOMEAÇÃO E POSSE EM SEDE DE SENTENÇA. IMPOSSIBILIDADE. CANDIDATO *SUB JUDICE*. SENTENÇA MANTIDA.

A controvérsia de toda a discussão dos autos reside em determinar a correta interpretação do item 2.5.9 do Edital que regeu o concurso em que a candidata foi aprovada. Tal dispositivo exige do candidato, no momento da posse, a apresentação dos seguintes documentos: "diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de nível superior de licenciatura plena em letras com habilitação para o ensino de Língua Inglesa ou de licenciatura plena em Curso de Formação de Professores (Pedagogia, em regime regular ou especial, com habilitação em Língua Inglesa), fornecido por instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação"

O que sucedeu na espécie foi que a candidata e recorrida, devidamente convocada para assumir o cargo para o qual obteve regular aprovação, apresentou o diploma de formação em Pedagogia acompanhado de diversos diplomas de Universidades internacionais certificando sua proficiência

em língua inglesa. Entretanto, a Administração se negou a empossá-la sob o argumento de que sua graduação não foi realizada com habilitação em Língua Inglesa, como supostamente exigiria o Edital.

Contudo, pelo que dos autos consta, é absolutamente incontroversa a inexistência de curso de Pedagogia com as exigências formuladas, tornando a cláusula contida no item 2.5.9 do Edital de regência absolutamente desproporcional.

Com efeito, a exigência deve ser lida no sentido de que a habilitação em Língua Inglesa pode ser aferida por meio de diplomas complementares, tais como os colacionados na documentação que instrumentaliza a postulação de que se cuida. A propósito, no âmbito da sentença foram destacados os diversos cursos que revelam a proficiência da recorrida, a exemplo dos diplomas emitidos pela King Street College, Edgware Academy, Edgware Academy e University of Cambridge, todos apresentados com a respectiva tradução.

Some-se a estes argumentos o fato de que a própria Administração pactuou, em regime de contratação temporária, a prestação de serviços por parte da recorrida em Escola Pública Estadual, lecionando exatamente a disciplina de Inglês.

A Administração Pública, no exercício do plexo de competências que lhe outorgam a Constituição Federal e as leis, submete-se, no plano normativo, ao controle de legalidade a cargo do Poder Judiciário, a quem compete pronunciar, promovendo a própria efetividade do sistema valorativo constitucional, eventuais ilegalidades existentes, seja em decorrência da violação aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade (como sucede na espécie), seja em decorrência do desbordamento dos limites outorgados pela lei e pela Constituição para a atuação estatal (excesso de poderes).

Noutro ponto, o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da impossibilidade de nomeação e posse de candidato de forma precária quando questionada a sua inabilitação no concurso. Precedentes.

Embora a apelante não tenha sido aprovada em decorrência de decisão judicial, é certo que o seu empossamento depende invariavelmente do deferimento de tutela jurisdicional no

sentido de reconhecer como válido o diploma que apresentou perante a Administração.
Ademais disso, o caso cuida, como bem ressaltou o juízo *a quo* na sentença impugnada, de hipótese proibitiva de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, eis que trata de inclusão em folha e pagamento de vencimentos.
Apelações conhecidas e desprovidas. Reexame conhecido e desprovido. Sentença mantida.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os autos do proc. nº 0123732-27.2010.8.06.0001, acordam os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em conhecer e negar provimento às Apelações Cíveis e ao Reexame Necessário, tudo nos termos do voto da Desa. Relatora e em conformidade com a Procuradoria Geral de Justiça.

Fortaleza, 18 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de Reexame Necessário e de Apelações Cíveis interpostas pelo Estado do Ceará e por Francisca Laudenis Martins de Melo, um em face do outro, todos impugnando a sentença do juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE que julgou procedente a ação formulada pela particular para que fosse nomeada e empossada no cargo público de Professora de Inglês no âmbito da Administração Estadual, sentença que veio a ser objeto de embargos (fls. 265/270), no âmbito dos quais se postulou a antecipação de tutela para fins de imediata nomeação e posse, e os quais vieram a ser rejeitados (fls. 296/299).

Na exordial (fls. 01/22), colhe-se a narrativa de que a autora foi aprovada no certame objeto do Edital nº 003/2009, para o provimento do cargo de Professor, mas que veio a ser inabilitada no certame sob a alegação de que não preenchia os requisitos exigidos pelo Edital, nomeadamente a licenciatura em Pedagogia com formação em Inglês.

Sustentando que tal curso não existe no Brasil e que, ademais, possui capacitação comprovada por outros cursos de inglês, inclusive na Inglaterra, tendo sido contratada pelo próprio Estado, em regime de contratação temporária para a mesma atividade, postulou que a referida exigência fosse considerada ilegal e, por conseguinte, fosse nomeada e empossada no cargo para o qual logrou aprovação.

Contra a sentença que julgou procedente o pedido, o Estado do Ceará

interpôs a presente Apelação Cível argumentando, em síntese (fls.272/280): que a autora não poderia questionar as normas editalícias, posto que anuiu a todas elas no ensejo de sua regular inscrição; necessidade de vinculação ao Edital; violação ao princípio da isonomia e da impessoalidade.

Ao final, postulou o provimento do recurso, a fim de que a sentença seja reformada com a rejeição dos pedidos articulados.

Contrarrazões a este recurso às fls. 311/317.

Contra a mesma sentença, a autora Francisca Laudenis Martins de Melo interpôs recurso de Apelação, alegando, em síntese, ser cabível a antecipação de tutela no âmbito da sentença, e que a hipótese não se insere entre as normas proibitivas de concessão de liminar contra o Poder Público, pelo que postula o provimento do recurso com o deferimento da antecipação de tutela a fim de que seja imediatamente nomeada e empossada (fls. 306/310).

Contrarrazões a este recurso às fls. 323/333.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento de ambos os recursos, mantendo a sentença em todos os seus termos, em parecer subscrito pela Procuradora de Justiça Rosemary Brasileiro (fls. 348/362).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de recorribilidade de ambas as Apelações e do próprio reexame necessário, pelo que passo ao exame de cada um dos recursos, de forma autônoma.

Apelação interposta pelo Estado do Ceará

Inicialmente, não me parece que o recurso mereça ser provido, pelas razões que passo a elencar.

A controvérsia de toda a discussão dos autos reside em determinar a correta interpretação do item 2.5.9 do Edital que regeu o concurso em que a sra. Francisca Laudenis Martins de Melo foi aprovada. Tal dispositivo exige do candidato, no momento da posse, a apresentação dos seguintes documentos: "diploma, devidamente registrado, de conclusão de curso de nível superior de licenciatura plena em letras com habilitação para o ensino de Língua Inglesa ou de licenciatura plena em Curso de Formação de Professores (Pedagogia, em regime regular ou especial, com habilitação em Língua Inglesa), fornecido por instituição de ensino superior reconhecida pelo Ministério da Educação"

O que sucedeu na espécie foi que a candidata e recorrida, devidamente

convocada para assumir o cargo para o qual obteve regular aprovação, apresentou documento comprobatório de sua formação em Pedagogia acompanhado de diversos diplomas de Universidades internacionais certificando sua proficiência em língua inglesa. Entretanto, a Administração se negou a empossá-la sob o argumento de que sua graduação não foi realizada com habilitação em Língua Inglesa, como supostamente exigiria o Edital.

Em contrapartida, a recorrida sustentou que a exigência contida na norma Editalícia deve ser lida no sentido de comprovar a habilitação em Língua Inglesa por meio de cursos ou diplomas complementares, haja vista que não existe nenhum curso de Pedagogia no Brasil com habilitação em Língua Inglesa.

Pelo que dos autos consta, é incontroversa a alegação de inexistência de curso de Pedagogia com habilitação em Língua Inglesa no Brasil, tornando a exigência contida no item 2.5.9 do Edital de regência absolutamente desproporcional.

Com efeito, para se evitar a própria caducidade do certame, a exigência pode ser lida no sentido de que a habilitação em Língua Inglesa há de ser aferida por meio de cursos complementares, tais como os colacionados na documentação que instrumentaliza a postulação de que se cuida.

No âmbito da sentença foram destacados os diversos cursos que revelam a proficiência da recorrida, a exemplo dos diplomas emitidos pela King Street College (fls. 37/38), Edgware Academy (fls. 41/42), Edware Academy (fls. 44/45) e University of Cambridge (fls. 47/48).

Este último diploma, ressalte-se, é sabidamente um dos mais disputados e exigentes do mundo, revelando o preenchimento, por parte da recorrida, da exigência editalícia de proficiência em língua Inglesa.

Some-se a estes argumentos o curioso fato de que a própria Administração pactuou, em regime de contratação temporária, a prestação de serviços por parte da recorrida em Escola Pública Estadual, lecionando exatamente a disciplina de Inglês (fl. 52).

Ora, o comportamento do Estado do Ceará revela-se, portanto, absolutamente contraditório, e expressivo de autênticas violações às figuras parcelares inerentes ao dever de boa-fé objetiva, a exemplo do *non venire contra factum proprium.* Em um momento sustenta que a autora não possui a necessária qualificação. Em outro, contrariando seu posicionamento inicial, promove a contratação da autora para a mesma função (em regime temporário) reconhecendo a sua proficiência para o exercício do cargo.

Tal entendimento, ao que me parece, não representa qualquer tipo de afronta ao princípio da isonomia e da impessoalidade, nem compromete, de forma desproporcional, o princípio da vinculação ao Edital.

Isto decorre do fato de que a Administração Pública, no exercício do plexo de competências que lhe outorga a Constituição Federal e as leis, submete-se, no plano normativo, ao controle de legalidade a cargo do Poder Judiciário, a quem compete

pronunciar, promovendo a própria efetividade do sistema valorativo constitucional, eventuais ilegalidades, seja em decorrência da violação aos princípios da razoabilidade ou da proporcionalidade (como sucede na espécie), seja em decorrência do desbordamento dos limites outorgados pela lei e pela Constituição para a atuação estatal (excesso de poderes).

Portanto, Sr. Presidente, voto no sentido de negar provimento ao Apelo interposto pelo Estado do Ceará.

Apelação interposta pela Sra. Francisca Laudenis Martins de Melo

A irresignação da recorrente recai, com exclusividade, no capítulo da sentença alusivo ao indeferimento de seu pedido de imediata nomeação e posse, a título de antecipação de tutela.

Parece-me que sua irresignação não deve ser acolhida.

O entendimento jurisprudencial desta Corte e do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no sentido da impossibilidade de nomeação e posse de candidato de forma precária quando questionada a sua inabilitação no concurso. Inúmeros precedentes, inclusive de minha Relatoria, proclamam o aludido entendimento. Ilustrativamente, colaciono a seguinte ementa daquela Corte Superior:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ART. 2º-B, DA LEI N. 9.494/97. ART. 588, DO CPC. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA. CONCURSO PÚBLICO. DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. NOMEAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DO *DECISUM*. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DE VAGA. LEGALIDADE. INAPLICAÇÃO DA TEORIA DO FATO CONSUMADO.
> (...) O trânsito em julgado é condição *sine qua non* para nomeação de candidato cuja permanência em concurso público foi garantida por meio de decisão judicial.
> 3. No caso, em razão da impossibilidade de execução provisória de *decisum* pendente de julgamento, admissível unicamente a determinação da reserva de vaga, até o trânsito em julgado da sentença que assegurou à candidata, ora agravante, o direito de prosseguir no certame, relativo ao provimento de cargo público. (Lei n. 9.494/97). (...)
> (AgRg no REsp 1074862/SC, Rel. Ministro CELSO LIMONGI (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/SP), SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 26/10/2009)

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO RECORRIDA QUE DETERMINOU A NOMEAÇÃO E POSSE DE CANDIDATO, APÓS O TÉRMINO DO CURSO DE FORMAÇÃO NO CONCURSO PÚBLICO PARA PREENCHIMENTO DE VAGAS NO CARGO DE SOLDADO DA POLÍCIA MILITAR ESTADUAL - IMPOSSIBILIDADE - CONFORME PRECEDENTES DO STJ NÃO SE APLICA A TEORIA DO FATO

CONSUMADO EM RELAÇÃO AOS CERTAMES PÚBLICOS - POSSE E NOMEAÇÃO DO POSTULANTE SOMENTE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO PRINCIPAL - RESERVA DE VAGA GARANTIDA - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
- A jurisprudência do STJ e desta Corte é firme no sentido de que, em se tratando de concurso público, não mais se aplica a teoria do fato consumado. - Assim, eventual direito à nomeação e posse do postulante ao cargo público, ainda em condição "sub judice", somente se torna concreto e efetivo com o trânsito em julgado do feito principal. - Referida solução se mostra mais razoável, a fim de garantir maior segurança jurídica tanto ao candidato, como à própria Administração Pública, pois a investidura, determinada por decisão judicial imutável, afasta qualquer controvérsia a respeito do merecimento do concorrente. - Por outro lado, mesmo não tendo o candidato, ora recorrido, imediato direito ao ingresso no serviço público, diante da provisoriedade da decisão concessiva, é justo que se reserve sua vaga, até para que não haja o perecimento da pretensão deduzida no início da lide. - Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.
(Agravo de Instrumento 16525062009806000000; Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 29/09/2011)

Ementa: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCURSO PÚBLICO PARA AGENTE PENITENCIÁRIO. APROVAÇÃO NO CERTAME POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL. JULGAMENTO DE PROCEDÊNCIA DA AÇÃO E DECISÃO PARA NOMEAÇÃO E POSSE NO CARGO. IMPOSSIBILIDADE. RESERVA DE VAGA.
- Interlocutória dada após a sentença de procedência para que o Estado providencie a nomeação do agravado para o Curso Preparatório.
- A teor de precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça, a nomeação e posse do candidato somente são possíveis após a ocorrência do trânsito em julgado da sentença de procedência. Enquanto isso, deve-se efetivar apenas a reserva de vaga.
- Ausente a verossimilhança do direito à nomeação e posse do candidato sub judice, por conta do risco de irreversibilidade do provimento antecipatório.
- Agravo conhecido e provido.
(Relator(a): ADEMAR MENDES BEZERRA; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 2ª Câmara Cível; Data de registro: 17/06/2011)

Embora a apelante não tenha sido aprovada em decorrência de decisão judicial, é certo que o seu empossamento depende invariavelmente do deferimento de tutela jurisdicional no sentido de reconhecer como válido o diploma que apresentou perante a Administração.

Ademais disso, o caso cuida, como bem ressaltou o juízo *a quo* na sentença impugnada, de hipótese proibitiva de concessão de liminar contra a Fazenda Pública, eis que cuida de inclusão em folha e pagamento de vencimentos. Tal proibição, a despeito de relativa, não merece ser superada na hipótese dos autos, sobretudo em razão dos

inúmeros precedentes anteriormente citados.

Portanto, a nomeação e a posse da candidata deve estar condicionada ao trânsito em julgado do título judicial respectivo, na linha do que restou decidido na sentença.

Do exposto, nego provimento ao recurso interposto por Francisca Laudenis Martins de Melo, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça.

Do Reexame Necessário

No que tange, por fim, ao reexame necessário, não há qualquer circunstância adjacente que mereça ser pronunciada por esta Corte, seja a título de providência *ex officio,* seja em razão do reexame dos argumentos expendidos pelo juízo prolator.

Em resumo**,** sr. Presidente, nego provimento a ambas as Apelações Cíveis e ao Reexame Necessário, mantendo na íntegra a sentença.

É como voto.

Fortaleza, 18 de setembro de 2013.
PROCESSO Nº 0147575-84.2011.8.06.0001
APELAÇÃO CÍVEL/ REEXAME NECESSÁRIO
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ
APELADO: PEDRO HENRIQUE VIEIRA DOS SANTOS representado por SANDRA GEÍSA DOS SANTOS
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO
REVISORA: DES. SÉRGIA MARIA MENDONÇA MIRANDA

EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. PACIENTE PORTADOR DE ALERGIA ALIMENTAR MÚLTIPLA. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECÍFICO DENOMINADO NEOCATE. PRELIMINARES DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR E DE ILEGITIMIDADE PASSIVA REJEITADAS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. NÃO INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. PROTEÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.

1. Em virtude de o Apelante ter interposto agravo retido às fls. 32/38 e não ter reiterado o pedido de seu julgamento nas razões da apelação, torna-se inviável, nos termos do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil, a sua análise pelo órgão ad quem. Agravo retido não conhecido.

2. Da análise dos autos, extrai-se que o Promovente, ora Apelado, é portador de Alergia Alimentar Múltipla (CID: K52.2), necessitando da fórmula alimentar denominada NEOCATE para o tratamento de sua doença, conforme atestado médico de fls. 14/16, não possuindo condições financeiras de custear tal tratamento, sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, consoante declaração de pobreza de fl. 12.

3. O fato de inexistir, nos autos, qualquer comprovação de que o composto nutricional fora requerido e negado pelo Poder Público não tira do Autor o direito de acionar o Poder

Judiciário, porquanto não há necessidade de percorrer, tampouco esgotar a via administrativa para que somente então possa acionar a tutela jurisdicional do Estado, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Preliminar de ausência de interesse de agir do autor rejeitada.
4. Os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) respondem solidariamente pelo fornecimento de medicamentos e insumos necessários para a manutenção da saúde de paciente que não tiver condições financeiras para adquiri-los, sendo a saúde pública uma obrigação do Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa. Precedentes do STF, STJ e desta Corte de Justiça. Preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará rejeitada.
5. O direito à saúde está previsto como um dos direitos sociais do cidadão (art. 6º, CF). É sabido, ainda, que todo e qualquer direito social é também direito fundamental, devendo ser aplicado de forma imediata, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna.
6. A procedência da presente Ação de Obrigação de Fazer não violou o princípio da isonomia, porquanto restou suficientemente demonstrada a indispensabilidade do tratamento solicitado pelo Autor, não se tratando, por conseguinte, de privilégio concedido de forma individualizada em desfavor de outros cidadãos, mas sim de necessidade imprescindível para a sua sobrevivência.
7. No tocante à aplicabilidade do princípio da reserva do possível, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o aludido princípio, eminentemente de caráter financeiro, não pode ser obstáculo intransponível para efetivação das garantias constitucionalmente previstas, como a garantia à vida e à saúde.
8. Reexame Necessário e Apelação Cível conhecidos e desprovidos. Sentença mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Remessa Necessária e de Apelação Cível, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do

Reexame Necessário e da Apelação Cível para NEGAR-LHES provimento, mantendo incólume a sentença vergastada, nos termos do voto proferido pelo e. Relator.

Fortaleza/CE, 30 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta pelo ESTADO DO CEARÁ em face da sentença de fls. 71/76, prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 7ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos da Ação de Obrigação de Fazer, ajuizada por PEDRO HENRIQUE VIEIRA DOS SANTOS representado por SANDRA GEÍSA DOS SANTOS**.**

Na peça inaugural, alega o Autor ser portador de alergia alimentar múltipla (CID: K52.2), doença grave, progressiva e que pode levar à morte, diagnosticada há 06 (seis) meses, cujo acompanhamento médico é realizado no hospital Albert Sabin. Aduz que a Secretaria de Saúde do Estado do Ceará, após fornecer durante certo prazo o composto nutricional recomendado pelo médico especializado, qual seja, NEOCATE, informou-lhe que paralisaria o fornecimento, devendo, portanto, a genitora do menor adquiri-lo nas farmácias particulares. Afirma, ainda, que cada lata do leite Neocate custa em média R$ 300,00 (trezentos reais) e que não tem condições financeiras de arcar com tamanha despesa.

Diante disso, postula pela procedência da ação, a fim de que o Estado do Ceará seja condenado a fornecer gratuitamente os medicamentos constantes no receituário médico, durante todo o período necessário.

Às fls. 25/27, o juízo *a quo* deferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela requestada, para o fim de determinar ao Estado do Ceará que forneça, no prazo de 05 (cinco) dias, o produto nutricional NEOCATE, na quantidade de 10 (dez) latas, de forma contínua, conforme prescrição médica, sob pena de multa diária fixada em R$ 1.000,00 (um mil reais) no caso de inadimplemento da obrigação de fazer.

Agravo Retido interposto pelo Estado do Ceará às fls. 32/38, sustentando: a) falta de interesse de agir, diante da efetiva entrega dos compostos nutricionais; b) desobediência aos ditames da Resolução CFN nº 390/2006; c) ofensa ao princípio da isonomia; d) gerenciamento dos recursos públicos por parte da Administração; e) ausência do *periculum in mora,* haja vista a possibilidade de se aguardar o resultado final da demanda.

Estado do Ceará ofereceu contestação (fls. 39/49), arguindo, preliminarmente, ilegitimidade passiva e falta de interesse de agir, diante da efetiva entrega dos compostos nutricionais. No mérito, assevera a impossibilidade do Poder Judiciário ditar as políticas públicas.

Réplica às fls. 53/57.

Ministério Público atuante em primeira instância opinou pelo procedência da demanda, consoante parecer de fls. 62/70.

Ao analisar a lide, o magistrado de planície julgou procedente a ação, com o fim específico de condenar o Estado do Ceará a fornecer ao promovente o produto nutricional NEOCATE, na quantidade de 10 (dez) latas de leite, de forma contínua, conforme prescrição médica, para o tratamento de alergia alimentar múltipla.

Inconformado com a sentença, o Estado do Ceará interpõe Apelação Cível, requerendo a reforma da sentença, sob os seguintes argumentos: a) falta de interesse de agir, pois, consoante documento oriundo da Secretaria de Saúde, o Neocate vem sendo regularmente fornecido ao Requerente, desde 30 de janeiro de 2008; b) ilegitimidade passiva, diante da responsabilidade do Município em fornecer medicamentos, bem como da União em incluir novos medicamentos na lista; c) citação dos litisconsortes passivo necessário.

Apesar de devidamente intimado, o Apelado não apresentou contrarrazões dentro do prazo legal.

Às fls. 103/114, a d. Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo conhecimento do recurso de apelação, mas pelo seu improvimento e, no reexame necessário, manifestou-se pela concessão da devida eficácia ao provimento jurisdicional de 1º grau.

É o relatório.

À d. Revisão.

VOTO

Diante da presença dos pressupostos de admissibilidade, conheço da Remessa Necessária e da Apelação Cível.

Trata-se de recurso apelatório em Ação de Obrigação de Fazer promovida com o objetivo de obrigar o Poder Público a fornecer o leite específico denominado Neocate, pleiteado na exordial.

Da análise dos autos, extrai-se que o Promovente, ora Apelado, é portador de Alergia Alimentar Múltipla (CID: K52.2), necessitando da fórmula alimentar denominada NEOCATE para o tratamento de sua doença, conforme atestado médico de fls. 14/16, não possuindo condições financeiras de custear tal tratamento, sem prejuízo de seu sustento próprio e de sua família, consoante declaração de pobreza de fl. 12.

Não conhecimento do agravo retido:

Em virtude de o Apelante ter interposto agravo retido às fls. 32/38 e não ter reiterado o pedido de seu julgamento nas razões da apelação, torna-se inviável, nos termos do art. 523, §1º, do Código de Processo Civil, a sua análise pelo órgão ad quem,

in verbis:

> Art. 523. Na modalidade de agravo retido o agravante requererá que o tribunal dele conheça, preliminarmente, por ocasião do julgamento da apelação.
> §1º. Não se conhecerá do agravo se a parte não requerer expressamente, nas razões ou na resposta da apelação, sua apreciação pelo Tribunal.

Com efeito, deixo de conhecer do Agravo Retido.

Da preliminar de ausência de interesse de agir do Autor

Sustenta o Apelante ser o Autor carecedor de interesse de agir, uma vez que o produto nutricional denominado Neocate, pleiteado na inicial, vem sendo regularmente fornecido desde 30 de janeiro de 2008, ou seja, antes da intimação do ente estatal da decisão concessiva do pleito antecipatório.

Entretanto, não merece prosperar a citada tese.

Isso porque, apesar de o Poder Público afirmar que vem fornecendo a fórmula alimentar, não comprovou, durante o curso processual, sua alegação, não se desicumbindo, portanto, do ônus que lhe competia, nos termos do art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Ademais, o fato de inexistir nos autos qualquer comprovação de que o composto nutricional fora requerido e negado pelo Poder Público não retira do Autor o direito de acionar o Poder Judiciário, porquanto não há necessidade de percorrer, tampouco esgotar, a via administrativa para que somente então possa acionar a tutela jurisdicional do Estado, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

Em caso análogo, já se manifestou esta Corte de Justiça, consoante excerto jurisprudencial abaixo transcrito:

> CONSTITUCIONAL. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. PRELIMINAR DE INTERESSE DE AGIR. DESCABIMENTO. FORNECIMENTO DE LEITE ESPECIAL NEOCATE. VALORES QUE SUPERAM AS POSSIBILIDADES DOS IMPETRANTES. FINANCIAMENTO PELO ESTADO. CABIMENTO. I- Uma vez que o possível fornecimento do referido alimento pelo Estado pode vir a demorar extenso lapso de tempo, não há que se falar em falta de interesse de agir do impetrante. II- Os direitos à vida e à saúde devem ser tratados pelo Estado como direitos fundamentais que são, sobrepondo-se a quaisquer resistências em sentido contrário. III- Estando comprovada a necessidade dos impetrantes em consumir o leite especial neocate, bem como a sua impossibilidade de arcar com os valores do referido alimento, deve tal responsabilidade recair sobre o Estado, como meio de materialização dos direitos fundamentais da vida e da saúde. IV- Segurança concedida.
> (TJ/CE, Mandado de Segurança nº 27385-03.2008.8.06.0000, Tribunal

> Pleno, Rel. Des. Francisco Haroldo R. de Albuquerque, Data de julgamento: 10/09/2009)

Por tais razões, rejeita-se a preliminar de ausência de interesse de agir da parte autora.

Da preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará

A preliminar de ilegitimidade do Estado do Ceará para figurar no polo passivo da presente demanda não merece acolhimento, pois o resguardo dos direitos fundamentais relativos à saúde e à vida dos cidadãos, bem como a pretensão ao fornecimento de medicamentos ou de insumos para tratamento de saúde pode ser direcionada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, nos termos do art. 196 e art. 23, II, da Carta Magna, *in verbis:*

> Art.196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco da doença e de outros agravos e de acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.
>
> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
> (…)
> II – cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Nos termos da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, os entes federados (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) respondem solidariamente pelo fornecimento de medicamentos e insumos necessários para a manutenção da saúde de paciente que não tiver condições financeiras para adquiri-los, sendo a saúde pública uma obrigação do Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa. Veja-se:

> EMENTA DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. FORNECIMENTO DE FRALDAS DESCARTÁVEIS. IMPRESCINDIBILIDADE. DECISÃO EM SENTIDO DIVERSO DEPENDENTE DA REELABORAÇÃO DA MOLDURA FÁTICA DELINEADA NO ACÓRDÃO REGIONAL. AS RAZÕES DO AGRAVO REGIMENTAL NÃO SÃO APTAS A INFIRMAR OS FUNDAMENTOS QUE LASTREARAM A DECISÃO AGRAVADA. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO PUBLICADO EM 21.01.2010. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido da responsabilidade solidária dos entes federativos quanto ao fornecimento de medicamentos pelo Estado, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um deles – União, Estados, Distrito Federal ou Municípios**.** As razões do agravo regimental não são aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada, mormente

> no que se refere à reelaboração da moldura fática constante do acórdão recorrido, a inviabilizar o trânsito do recurso extraordinário. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.
> (STF, RE 626382 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2013 PUBLIC 11-09-2013)

> ADMINISTRATIVO – SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE – SUS – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS – AUSÊNCIA DE ARGUMENTO CAPAZ DE INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA.
> 1. Consoante definido na QO no REsp 1.002.932/SP, é desnecessário o sobrestamento do feito atinente a matéria afetada pelo Supremo Tribunal Federal como de repercussão geral.
> 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a União, os Estados-membros e os Municípios, como responsáveis solidários no funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS, possuem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia de acesso à medicação pessoas desprovidas de recursos financeiros (Precedentes: AgRg no Ag 907.820/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma,DJe 5.5.2010; AgRg no Ag 842.866/MT, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 3.9.2007; AgRg no Ag 893.108/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 22.10.2007; Resp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005; REsp 658.323/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 21.3.2005).
> 3. Estando a decisão recorrida em consonância com a jurisprudência desta Corte, e uma vez que a agravante não trouxe qualquer argumento que pudesse infirmá-la, deve ser ela mantida íntegra por seus próprios fundamentos.
> Agravo regimental improvido.
> (STJ, AgRg no REsp nº 1.123.310 - SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJ 1.7.2010)

Esta C. Corte de Justiça manifesta-se no sentido de, sendo solidária a responsabilidade entre os entes que integram a federação, cada um deles tem legitimidade para responder de maneira isolada por obrigações pertinentes à assistência à saúde, consoante arestos abaixo:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. FORNECIMENTO DE MEDICAÇÃO DE ALTO CUSTO A PACIENTE CARENTE PORTADOR DE REFLUXO GÁSTRICO ESOFÁGICO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO ENTRE A UNIÃO E O ESTADO DO CEARÁ. PRELIMINARES REJEITADAS. DIREITO À SAÚDE E À VIDA DIGNA. OBJEÇÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL COM BASE EM CONJECTURAS. IMPROCEDÊNCIA. DECISÃO ACORDE À JURISPRUDÊNCIA INVARIÁVEL DO TRIBUNAL.
> 1. A ordem constitucional consagra o direito à saúde como obrigação indeclinável do Poder Público, "qualquer que seja a dimensão institucional

em que atue no plano de nossa organização federativa" (STF, RE 562383, Min. Celso de Mello, DJ 08.10.07), impondo-se ao Estado assegurar as condições necessárias para a sua fruição, garantindo a integridade desse direito essencial. 2. A jurisprudência invariável deste Tribunal é uníssona quanto à responsabilidade solidária e linear de o Poder Público (União, Estados, Municípios e Distrito Federal) fornecer, gratuitamente, a pessoas carentes, portadoras de patologias graves, medicamentos destinados a assegurar condições à continuidade da vida digna e preservação da saúde. 3. O direito de estirpe constitucional é norma; se está na Constituição é para ser cumprido, inadmissível degradá-lo a condição subalterna ou reduzi-lo a mero desejo de utopia do constituinte, mormente quando em risco o próprio direito à vida, cuja proteção está acima de qualquer sutileza administrativa. 4. Raciocínios abstratos acerca da reserva do possível, sem o correspondente respaldo no plano fático-probatório, não se prestam como argumentação jurídica. A Justiça não pode, nem deve construir suas decisões com base em conjecturas ou ilações destituídas de elementos concretos, carentes de justo motivo objetivamente aferível.
5. Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido.
6. Unanimidade.
(TJ/CE, Agravo de Instrumento de nº 25442-48.2008.8.06.0000, 3ª Câmara Cível, Rel. Des. Rômulo Moreira de Deus, Data de Registro: 15/03/2012)

PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DO MUNICÍPIO. RECURSO IMPROVIDO.
1.O funcionamento do Sistema Único de Saúde - SUS é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer destas entidades tem legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros. Precedentes desse Egrégio Tribunal de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça.
2.Tratando-se de direito fundamental, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva da incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal.
3. *In casu*, não há empecilho jurídico para que a ação, que visa a assegurar o fornecimento de medicamentos, seja dirigida contra o município, tendo em vista a consolidada jurisprudência desta Corte, no sentido de que "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros" (REsp 771.537/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 3.10.2005).
4. Agravo de Instrumento conhecido e improvido.
(TJ/CE, Agravo de Instrumento nº 31624-79.2010.8.06.0000, 6ª Câmara Cível, Rel. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, Data de Registro:

19/07/2011)

Compete, portanto, ao Estado (compreendido como qualquer dos entes públicos), dentro dos limites que lhe são impostos, a obrigação de assegurar aos cidadãos o recebimento de medicamentos, bem como realizar qualquer medida indispensável, caso seja necessária e imprescindível.

Assevera-se, ainda, que a solidariedade entre os entes federativos não enseja litisconsórcio passivo necessário entre o Estado do Ceará e a União, conforme defendido pelo Apelante no recurso apelatório, pois cada ente possui parcela de responsabilidade autônoma, nos termos do art. 198, I, da Carta Magna, não se sustentando, portanto, a tese de incompetência da Justiça Estadual.

No caso vertente, em virtude de o Autor ter comprovado que é portador de doença grave, necessitando de fórmula alimentar específica, é cabível o Estado do Ceará figurar no polo passivo da lide, sendo desnecessária a formação de litisconsórcio passivo com os demais entes públicos.

Rejeita-se a preliminar de ilegitimidade passiva do Estado do Ceará, passando-se à análise do mérito recursal.

Mérito

O direito à saúde está previsto como um dos direitos sociais do cidadão (art. 6º, da Constituição Federal). É sabido, ainda, que todo e qualquer direito social é também direito fundamental, devendo ser aplicado de forma imediata, por força do parágrafo 1º do artigo 5º da Carta Magna, que assim dispõe:

> Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> (…)
> § 1º. As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Além da nossa Lei Maior, a Lei nº 8.080/1990, que disciplina o Sistema Único de Saúde, também dispõe que a saúde é um direito fundamental da pessoa humana, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

> Art. 1º Esta lei regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito Público ou privado.

> Art. 2º. A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício.
> § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação.

Verifica-se, portanto, que a decisão judicial que condenou o Estado do Ceará a fornecer a o leite específico Neocate não violou o princípio da separação dos poderes, nem ensejou intervenção irregular do Poder Judiciário nas atribuições conferidas ao Executivo, configurando-se um controle judicial dos atos administrativos, com fulcro no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, com o intuito primordial de assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais.

Destarte, o princípio da separação dos poderes não pode ser utilizado para justificar a burla à Lei Maior. Assim, não há por parte do Poder Judiciário indevida intromissão na esfera de atuação do Poder Executivo, quando, ao julgar procedente a presente Ação de Obrigação de Fazer, impõe ao ente estatal o cumprimento de preceitos constitucionais, como ocorreu no caso em apreço.

No caso em análise, também não se poder alegar violação ao princípio da isonomia, porquanto restou suficientemente demonstrada, nos autos, a indispensabilidade do tratamento solicitado pelo Autor, não se tratando, por conseguinte, de privilégio concedido de forma individualizada em desfavor de outros cidadãos, mas sim de necessidade imprescindível para a sua sobrevivência.

No tocante à aplicabilidade do princípio da reserva do possível, a jurisprudência deste Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o aludido princípio, eminentemente de caráter financeiro, não pode ser obstáculo intransponível para efetivação das garantias constitucionalmente previstas, como a garantia à vida e à saúde. Veja-se:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECORRIDA PORTADORA DE CARDIOPATIA GRAVE. FORNECIMENTO DE DOIS "STENTS". RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES DA FEDERAÇÃO. LEGITIMIDADE DO ESTADO DO CEARÁ PARA FIGURAR NO PÓLO PASSIVO DA PRESENTE DEMANDA. PRECEDENTES DO STF, DO STJ E DO TJCE. COMPETÊNCIA PARA A EXECUÇÃO DE PROGRAMAS DE SAÚDE E DE DISTRIBUIÇÃO DE MEDICAMENTOS. IRRELEVÂNCIA. ARTIGO 196 DA CF/88. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA CONSTATADA. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA RESERVA DO POSSÍVEL. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.
> 1. O entendimento majoritário do STF, do STJ e do TJCE é no sentido de que a União, Estados, Distrito Federal e Municípios são solidariamente

> responsáveis pelo fornecimento de medicamentos às pessoas carentes que necessitam de tratamento médico, o que autoriza o reconhecimento da legitimidade passiva *ad causam* dos referidos entes para figurar nas demandas sobre o tema, podendo a ação ser proposta em face de quaisquer deles.
> 2. *In casu*, a recorrida é portadora de cardiopatia grave com lesão do tronco da coronária esquerda na bifurcação. Ocorre que a agravada encontra-se internada gravemente enferma, necessitando com urgência da colocação dos dois "stents" especificados por seu médico.
> 3. Pela leitura dos fólios, constata-se que a agravada não tem condições financeiras de arcar com o custo dos citados "stents".
> 4. A discussão acerca da competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito assegurado pelo art. 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária.
> 5. O bem jurídico que se pretende resguardar no caso *sub oculi* é superior, assim como, sob o aspecto da reparabilidade, é impostergável e corre risco de perecimento, cabendo ao Estado (gênero) assegurá-lo plenamente.
> 6. A interferência do Poder Judiciário no presente caso é perfeitamente legítima e serve para restabelecer a integridade da ordem jurídica violada pelo Estado do Ceará, o que afasta a alegação de malferimento do princípio constitucional da separação de poderes.
> 7. No que se refere à ofensa à teoria da reserva do possível, conclui-se que não se está exigindo qualquer prestação descabida do recorrente, mas, tão-somente, o fornecimento de material indispensável à saúde da paciente, desprovida de recursos financeiros para tanto.
> 8. Agravo de instrumento desprovido. Decisão mantida.
> (Agravo de Instrumento 4526974201080600000, 1ª Câmara Cível, Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, Data de registro: 27/01/2011)

Isto posto, em consonância com o parecer da d. Procuradoria Geral de Justiça, conheço do Reexame Necessário e da Apelação Cível para negar-lhes provimento, mantendo incólume a sentença vergastada.

É como voto.

Fortaleza, 30 de outubro de 2013.
APELAÇÃO CÍVEL Nº 0551112-09.2000.8.06.0001
APELANTE: GESSÉ GOMES
APELADO: ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA NOMEAÇÃO. PUBLICAÇÃO EFETIVADA UNICAMENTE POR DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, EFETIVIDADE E RAZOABILIDADE. INOBSERVANCIA. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

1. É dever da Administração Pública, segundo reza o artigo 37, caput, da Constituição Federal, conferir aos atos administrativos a mais ampla publicidade.

2. Não se mostra pertinente a convocação de aprovado em concurso público para apresentação da documentação necessária para posse em cargo de Escrivão de Policia Civil do Estado do Ceará por via, unicamente, de diário oficial, tendo em vista que é irrazoável exigir que o pleiteante leia diariamente, ao longo do prazo de validade do concurso, referido meio de comunicação.

3. Assim, a convocação de candidato aprovado em concurso público deve ser feita pessoalmente ou de alguma forma que aquele, efetivamente, tome ciência da referida chamada para assumir o respectivo cargo, principalmente quando as convocações que ocorreram no decorrer do certame se realizaram através de correspondência pessoal.

4. Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, de acordo com o voto do relator, em conhecer a Apelação de GESSÉ GOMES e dar-lhe total provimento, reformando a sentença.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2012.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação interposta por GESSÉ GOMES em desfavor de ESTADO DO CEARÁ, com o fito de reformar a sentença proferida pela MM. Juíza da 1ª Vara da Fazenda Pública nos autos de Ação Declaratória com Efeito Constitutivo e Pedido de Tutela Antecipada.

Sustenta, o apelante, em sua exordial, que fora aprovado nas 5(cinco) fases do concurso público para o cargo de Escrivão da Policia Civil do Estado do Ceará e que em todas as etapas do certame fora convocado através de correspondência enviada diretamente para sua residência. No entanto, no ato da convocação para a posse no referido cargo, o recorrente fora notificado, apenas, por via de publicação no Diário Oficial de justiça, o que prejudicou a entrega dos documentos no prazo estabelecido, tendo em vista que o autor não vinha acompanhando o Diário Oficial, mas sim jornais de grande circulação e as correspondência advindas dos correios.

Por fim, justificando a impossibilidade de ter que todos os dias durante o prazo de validade do concurso olhar o Diário Oficial, bem como confiando que continuaria recebendo as comunicações do concurso pelos correios, o apelante requereu a desconsideração da convocação realizada via Diário Oficial e a abertura de novo prazo para apresentação da documentação necessária para sua posse, bem como a título de tutela antecipada a efetivação da posse do candidato no cargo ora pleiteado.

Em despacho inicial de fls. 98/101, o MM juiz *a quo*, deferiu o pedido de antecipação de tutela determinando a reabertura do prazo ao apelante para apresentação da documentação necessária a sua posse. Por fim, determinou a citação do requerido.

O recorrido apresentou, ainda, às fls 105/113 dos autos petição de contestação, requerendo, dentre outras coisas, o julgamento improcedente da presente ação, justificando que o edital é a lei do concurso e que o mesmo previa a convocação do candidato por via de Diário Oficial.

Intimado para apresentar réplica, o apelante deixou transcorrer o prazo in albis.

Em parecer de fls 128/132, o Ministério Público de 1º Grau manifestou-se pela procedência da ação, entendendo que a convocação do candidato para apresentação dos documentos necessários para posse, por via apenas do Diário Oficial, não satisfaz os parâmetros que regem principio da publicidade.

Entendendo versar o caso de matéria unicamente de direito e após intimação das partes para no prazo de 5(cinco) dias dizerem se têm interesse na produção de provas, o douto juiz singular proferiu sentença, às fls 134/138 julgando improcedente o pleito autoral, por entender não haver nulidade na convocação realizada apenas por meio de Diário Oficial, tendo em vista a previsão para tal ato no edital do concurso. Por fim, condenou a promovente em custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10%(dez porcento) sobre o valor da causa, no entanto ficando suspensa a sua exigibilidade por 5(cinco) anos em face da mesma ser beneficiária da justiça gratuita.

Inconformado, o apelante interpôs recurso de apelação às fls 140/148,

sustentando, que a comunicação convocando-o para apresentação dos documentos necessários para a posse no cargo de escrivão está eivada de invalidade, tendo em vista a mesma não alcançou o objetivo maior que é a publicidade do ato convocatório e prejudicou o convocado que desde o inicio do certame fora notificado através de carta pessoal enviada para sua residência.

Intimado para apresentar as contrarrazões, o apelado em tempo hábil apresentou-as às fls 155/159, requerendo a manutenção da sentença do juízo a quo por entender ser justa e consubstanciada na legalidade

Parecer do Ministério Público de 2º grau fls.(177/181), manifestando-se pela desnecessidade de intervenção do parquet, na qualidade de custus legis, na presente celeuma jurídica, por entender tratar-se de direitos individuais disponíveis. Devolvidos os autos sem pronunciamento do mérito.

É o relatório. Ao douto revisor.

Peço data para julgamento.

VOTO

Feito em ordem, não se vislumbrando, em seus aspectos formais, nenhum vício capaz de inquinar-lhe alguma nulidade, estando corretamente preenchidos os pressupostos processuais do feito, as condições da ação, bem como os requisitos de admissibilidade da sublevação manejada.

O cerne da questão controvertida consiste em esclarecer se a convocação de candidato feita exclusivamente por via de Diário Oficial para apresentação de documentos pertinente a posse em cargo público está eivada de nulidade.

Compulsando os autos verifica-se que o ora Apelante fora classificado no 149º lugar no concurso público realizado pela Fundação Carlos Chagas - FCC para o preenchimento de vagas para o cargo de Escrivão Da Policia Civil do Estado do Ceará.

A homologação do concurso se deu em 01/03/2000, sendo tal ato publicado no Diário Oficial do Estado do Ceará.

No entanto, em 13/11/2000, transcorrido quase um ano da publicação da homologação do concurso, o Apelante fora convocado para apresentar a documentação necessária para posse no cargo de escrivão, mediante ato publicado no Diário Oficial do Estado do Ceará, tomando conhecimento, por terceiros, de tal nomeação somente no último dia para apresentação dos documentos o que prejudicou a juntada de todos as exigências constantes no edital, perdendo assim o direito à posse.

Constata-se, ainda, que as convocações anteriores foram todas efetivadas via correspondência pessoal, estando inclusive previsto no próprio edital no item 7 a exigência do candidato manter atualizado o seu endereço junto à Secretaria Pública e Defesa da Cidadania, senão vejamos:

"6- A secretaria da Segurança Pública e Defesa da Cidadania convocará os

> candidatos aprovados na medida de suas necessidades, com observância da ordem de classificação, respeitado o número de vagas existentes.
> **7- O candidato aprovado obriga-se a manter atualizado ser endereço junto à Secretaria de Segurança Público e Defesa da Cidadania."**

Diante desse cenário, se a Administração exigiu que os candidatos mantivessem atualizados seus endereços para recebimento de qualquer correspondência, presume-se que as convocações poderiam ser enviadas para conhecimento pessoal do candidato no endereço por ele informado, via correio, como assim o fez nas convocações das fases anteriores do certame. Neste sentido, tem-se que essa previsão editalícia representa fundamento razoável a justificar a possibilidade de notificação pessoal. Ademais, o edital apenas prevê que todos os atos relacionados ao concurso serão publicados no Diário Oficial, sendo de responsabilidade do candidato acompanhá-los. Não prevê, textualmente, que a convocação para posse se dará exclusivamente por publicação na imprensa oficial.

Dispõe o art. 37, "caput", da Constituição da República, que "a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência".

No caso em análise, nota-se que o princípio da publicidade foi manifestamente violado. Isso porque a melhor interpretação do referido princípio é a de que os atos da Administração devem merecer a mais ampla divulgação possível entre os administrados, mormente quando individualmente afetados pela prática do ato.

Tendo em vista a importância que tem o preenchimento de uma vaga de cargo público, seja para a Administração, seja para o candidato aprovado, o mais recomendável seria uma notificação pessoal acerca da nomeação, o que certamente homenagearia ainda o princípio da eficiência, ao passo que impediria que o candidato melhor classificado fosse preterido por outro de classificação pior pelo simples fato de não ter sido adequadamente cientificado de sua nomeação.

Ademais, não se afigura razoável exigir que o candidato aprovado em concurso público leia diariamente, ao longo do prazo de validade do concurso, o Diário Oficial para verificar se sua nomeação foi efetivada. A prevalecer o entendimento esposado pela sentença de 1º grau, restaria violado ainda o princípio constitucional da razoabilidade.

Neste sentido vem julgando o Superior Tribunal de Justiça:

> AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. **CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO MEDIANTE PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE E DA RAZOABILIDADE. NÃO OBSERVÂNCIA.** PRECEDENTES.
> **1. Muito embora não houvesse previsão expressa no edital do certame**

> **de intimação pessoal do candidato acerca da sua convocação, em observância aos princípios constitucionais da publicidade e da razoabilidade, a Administração Pública deveria convocar pessoalmente o candidato,** para que pudesse exercer, se fosse de seu interesse, seu direito à nomeação e posse.
> **2. De acordo com o princípio constitucional da publicidade, insculpido no art. 37,** *caput*, da Constituição Federal, **é dever da Administração conferir aos seus atos a mais ampla divulgação possível, principalmente quando os administrados forem individualmente afetados pela prática do ato.** Precedentes.
> **3. Agravo regimental improvido.**
> **(STJ, AgRg no RMS 23467 / PR, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 25/03/2011)**
>
> **ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CONVOCAÇÃO PARA SEGUNDA FASE. MERA PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO OFICIAL. LAPSO TEMPORAL DE QUATRO ANOS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE.**
> **1. Em obséquio ao princípio constitucional da publicidade, a convocação do ora agravado, candidato aprovado na primeira fase do concurso público, para a realização das subsequentes etapas não poderia se dar por meio de simples publicação no Diário Oficial, cuja leitura diária por quase 4 (quatro) anos -** período decorrido desde a inscrição até o malfadado chamamento para o exame de avaliação física - é tarefa desarrazoada e que não se revela exigível em absoluto. Precedentes.
> **2. Agravo regimental não provido.**
> **(STJ, AgRg no RMS 32511 / RN, Rel. Min. Castro Meira, DJe 23/11/2010)**

Em consonância com o entendimento acima exarado, encontram-se os julgados deste Egrégio Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONCURSO PÚBLICO. ASSISTENTE MINISTERIAL DE 3ª ENTRÂNCIA. CANDIDATA CLASSIFICADA. CONVOCAÇÃO MEDIANTE TELEGRAMA. REGRA EDITALÍCIA. INOBSERVÂNCIA. ÔNUS DA PROVA (ART. 333, II, CPC). **ATO DE NOMEAÇÃO. PUBLICAÇÃO NO DIÁRIO DA JUSTIÇA. NÃO COMPARECIMENTO PARA A POSSE. PRINCÍPIOS DA PUBLICIDADE, RAZOABILIDADE E DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. VIOLAÇÃO.** PRETERIÇÃO E QUEBRA DA ORDEM CLASSIFICATÓRIA. DEMONSTRAÇÃO. DIREITO LÍQUIDO E CERTO EVIDENCIADO. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> **1. É de se reconhecer a preterição da candidata e, por consequência, o seu direito subjetivo à nomeação, se da norma de regência do concurso extrai-se que "11.2. A convocação dos candidatos será feita por telegrama." e o ente público ou a autoridade reputada coatora não se desincumbiram de demonstrar a "existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor" (art. 333, II, CPC),**

limitando-se a asserir que o ato de nomeação da candidata foi publicado no Diário da Justiça e, tendo essa deixado transcorrer *in albis* o trintídio legal para a posse, a Administração tornou sem efeito a nomeação, sem impugnar, no entanto, a alegação da suplicante quanto a fato constitutivo de seu direito líquido e certo, a saber, não haver sido convocada por telegrama, como preceituava o Edital.

2. A Administração tem o dever de, em atenção aos princípios da publicidade, razoabilidade e, particularmente, ao da vinculação ao edital, conferir a seus atos a mais ampla divulgação, notadamente quando os administrados, na hipótese candidatos em concurso público, forem interessados e individualmente afetados pela prática do ato.

3. Não se afigura razoável exigir que candidata aprovada em concurso público leia diariamente, ao longo de 2 anos (prazo prorrogável por igual período; item 14.6 do Edital), o Diário Oficial para verificar se sua nomeação foi efetivada (Nesse sentido: STJ, RMS 21554/MG, relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. em 04.05.2010, DJe 02/08/2010).

4. Segurança concedida.

(TJ/CE Apelação cível 0039014-03.2010.8.06.0000. Órgão Especial Relator(a): FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA. Data do julgamento: 29/09/2011)

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. **CANDIDATO APROVADO EM CONCURSO PÚBLICO E EXCLUÍDO DO CERTAME POR NÃO TER SE APRESENTADO NO PRAZO ESTABELECIDO NO ATO CONVOCATÓRIO, PUBLICADO NO DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DO CEARÁ. LARGO ESPAÇO TEMPORAL ENTRE O EDITAL DE CLASSIFICAÇÃO E CONVOCAÇÃO DO CANDIDATO.** IMPOSSIBILIDADE. POSICIONAMENTO FIRME DO STJ.

1. Muito embora estivesse previsto no edital do concurso publico que a convocação dar-se-ia pelo Diário Oficial do Estado do Ceará, tal medida não atende os princípios norteadores da administração pública.

2. Há entendimento pacífico no Superior Tribunal de Justiça no sentido de que caracteriza violação ao princípio da razoabilidade a convocação para determinada fase de concurso público apenas mediante publicação do chamamento em diário oficial quando passado considerável lapso temporal entre a realização ou a divulgação do resultado da etapa imediatamente anterior e a referida convocação, uma vez que é inviável exigir que o candidato acompanhe, diariamente, com leitura atenta, as publicações oficiais.

3. Apelação conhecida e provida. Sentença reformada.

(TJ/CE Apelação cível 3087938200680600011. 5ª Câmara Cível Relator(a): FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA. Data do julgamento: 24/02/2012)

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. CONCURSO PÚBLICO. **CANDIDATA APROVADA. DIVULGAÇÃO APENAS POR ÓRGÃO OFICIAL. CONVOCAÇÃO INSUFICIENTE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA EFICIÊNCIA E DA FINALIDADE.** APELO

> IMPROVIDO.
> I - O conhecimento do ato administrativo efetuado apenas por órgão oficial significa ausência de ampla divulgação exigida pelo princípio da publicidade inerente à atuação Administrativa.
> II - Ofende aos princípios da eficiência e da finalidade a atuação administrativa que não convoca o candidato melhor colocado em concurso público, por outros meios não previstos no edital, embora exija e conserve o endereço do participante.
> **III - Não se mostra razoável exigir que o candidato se obrigue a consultar o Diário Oficial, de limitado acesso, para acompanhar o desenrolar do concurso do qual participou. Precedentes do STJ.**
> **(TJ/CE Apelação cível 1407995200780600011. 2ª Câmara Cível Relator(a): FRANCISCO AURICÉLIO PONTES. Data do julgamento: 07/12/2010)**

Partindo desta premissa, não se afigura razoável exigir que o candidato aprovado em concurso público leia diariamente, ao longo do prazo de validade do concurso, o Diário Oficial para verificar se sua convocação para apresentação dos documentos preparatórios para sua nomeação foi realizada.

Mais razoável seria a convocação de candidato aprovado em concurso público ser feita pessoalmente ou de forma que aquele efetivamente tome ciência daquela chamada para assumir o respectivo cargo.

ISSO POSTO, conheço a apelação, porquanto satisfeitas as exigências legais, bem como dou-lhe total provimento, reformando o decisum a quo, para considerar inócua a convocação realizada apenas pela via do Diário Oficial e, assim, tornar válida a apresentação da documentação posterior a tal ato e, por via de consequência, dar como definitiva a ocupação do apelante no cargo de Escrivão da Policia Civil do Estado do Ceará.

Em face do provimento da presente apelação e, consequente, reforma da sentença de 1º grau, reverto o ônus sucumbencial, condenando o apelado em custas e honorários advocatícios, estes arbitrados em 10% sobre o valor da causa.

É como voto.

Fortaleza, 3 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 25909-92.2006.8.06.0001/1
APELANTE: UNIMED – FORTALEZA COOP. DE TRABALHO MÉDICO LTDA
APELADO: EFISA NUNES CAVALCANTE
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: apelação CÍVEL. Direito do consumidor. Plano de saúde. APLICABILIDADE DO CDC. SÚMULA 469 DO STJ. Cobertura. Prazo de carência. PROCEDIMENTO DE Urgência/emergência. Lei n. 9.656/98 (art. 12, V, "c"). prazo máximo DE CARÊNCIA: 24 horas. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO, A FIM DE MANTER INCÓLUME A SENTENÇA VERGASTADA.

1. O cerne da questão controvertida consiste em averiguar a possibilidade de desconsideração do prazo de carência estipulado em contrato de prestação de serviços médico-hospitalares em caso de urgência/emergência de atendimento (internação em leito de UTI, em razão de acidente vascular cerebral - AVC).

2. A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde é pacificamente reconhecida pela jurisprudência pátria, em consonância com o disposto na Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça.

3. Consoante entendimento consolidado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, é inadmissível a estipulação de prazo de carência, nos contratos de plano de saúde, em casos de urgência e emergência. A única restrição possível é aquela prevista na Lei n. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), art. 12, V, "c", que estabelece o prazo máximo de carência de 24 (vinte e quatro) horas. Precedente do TJCE.

4. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E DESPROVIDO, A FIM DE MANTER INTEGRALMENTE A DECISÃO VERGASTADA.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, de acordo com o voto do relator, em conhecer o Recurso de Apelação Cível, e negar-lhe provimento.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível interposta pela UNIMED – FORTALEZA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO LTDA em desfavor de EFISA NUNES CAVALCANTE, com o fito de reformar a sentença proferida pelo MM. Juiz da 30ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Compulsando-se os autos, verifica-se que a promovente ingressou com Ação Ordinária (Processo n. 25909-92.2006.8.06.0001/1) a fim obter a internação em leito de Unidade de Tratamento Intensivo – UTI, independentemente do cumprimento do período de carência, em razão de haver sofrido um acidente vascular cerebral – AVC.

Sentença às fls. 71/76, por meio da qual a ação foi julgada procedente, ostentando a seguinte parte dispositiva:

> **"***Ex positis*, e considerando os princípios de direito aplicáveis ao caso concreto; considerado a prova colhida e o mais que consta dos autos, julgo, por sentença, para que produza seus jurídicos e regulares efeitos, procedente, a demanda, para, de conseguinte, reconhecer a internação em unidade de terapia intensiva em virtude de um acidente vascular cerebral com um procedimento emergencial ficando isento do prazo de carência de 180 dias, e, via de consequência, tornar definitiva a tutela conferida."

Irresignada, a parte ré interpôs Recurso de Apelação às fls. 78/89, argumentando, em suma, que, nos termos da cláusula III, item "a", do instrumento contratual, em casos de urgência/emergência, a cobertura quando em carência, ficará limitada às primeiras 24 (vinte e quatro) horas de atendimento em casos de acidentes pessoais e às primeiras 12 (doze) horas de atendimento nos demais casos. Tal disposição contratual encontra-se em consonância com a Resolução CONSU n. 13 de 04/11/1998. Após esse atendimento inicial, os demais procedimentos e internações devem ser arcados pelo contratante.

Contrarrazões às fls. 93/98.

Empós, foram os autos remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça e encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que, às fls. 115/121, opinou pelo desprovimento do apelo.

Eis o relatório.

Ao douto Revisor.

Peço data para julgamento.

Fortaleza, 07 de janeiro de 2013.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a Apelação Cível.

O cerne da questão controvertida consiste em averiguar a possibilidade de desconsideração do prazo de carência estipulado em contrato de prestação de serviços médico-hospitalares em caso de urgência/emergência de atendimento (internação em leito de UTI, em razão de acidente vascular cerebral - AVC).

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde é pacificamente reconhecida pela jurisprudência pátria, em consonância com o disposto na Súmula 469 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

> **Súmula 469.** Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor aos contratos de plano de saúde.

Dispõe a cláusula XI, 1.1, "a" do instrumento contratual entabulado entre as partes:

> a) 24 (vinte e quatro) horas, para cobertura de pronto-atendimento dos casos de urgência e/ou emergência, inclusive decorrentes de acidentes pessoais;
> **a.) Nos casos de atendimentos de urgência e/ou emergências durante o período de carência para internações, ou ainda, durante o período de Cobertura Parcial Temporária, para urgências e/ou emergências decorrentes de patologias preexistentes, a cobertura ficará limitada às primeiras 12 (doze) horas de atendimento, sem cobertura para internações, ou limitada à período inferior, quando for detectada a necessidade de internação pelo hospital credenciado;**

Consoante entendimento consolidado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a disposição normativa acima reproduzida encontra-se eivada de nulidade de pleno direito (art. 51, *caput*, do CDC), por ser abusiva, haja vista que a recusa de cobertura finda por frustrar o próprio sentido e razão de ser do negócio jurídico firmado:

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PLANO DE SAÚDE. EMERGÊNCIA. RECUSA NO ATENDIMENTO. PRAZO DE CARÊNCIA. ABUSIVIDADE DA CLÁUSULA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES.
> **1. Esta Corte Superior firmou entendimento de que o período de carência contratualmente estipulado pelos planos de saúde não prevalece diante de situações emergenciais graves nas quais a recusa de cobertura possa frustrar o próprio sentido e a razão de ser do negócio jurídico firmado.**
> **2. A recusa indevida à cobertura médica pleiteada pelo segurado é causa de danos morais, pois agrava a sua situação de aflição psicológica e de angústia no espírito. Precedentes.**
> **3. Agravo regimental não provido.**
> **(AgRg no Ag 845.103/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 23/04/2012)**

SEGURO DE SAÚDE. RECURSO ESPECIAL. APRECIAÇÃO ACERCA DE VIOLAÇÃO À RESOLUÇÃO. DESCABIMENTO. NATUREZA DA RELAÇÃO JURÍDICA. CONSUMO. **PRAZO CONTRATUAL DE CARÊNCIA PARA COBERTURA SECURITÁRIA.** POSSIBILIDADE. **CONSUMIDOR QUE, MESES APÓS A ADESÃO DE SEU GENITOR AO CONTRATO DE SEGURO, VÊ-SE ACOMETIDO POR TUMOR CEREBRAL E HIDROCEFALIA AGUDA. ATENDIMENTO EMERGENCIAL. SITUAÇÃO-LIMITE EM QUE O BENEFICIÁRIO NECESSITA, COM PREMÊNCIA, DE PROCEDIMENTOS MÉDICOS-HOSPITALARES COBERTOS PELO SEGURO. INVOCAÇÃO DE CARÊNCIA. DESCABIMENTO, TENDO EM VISTA A EXPRESSA RESSALVA CONTIDA NO ARTIGO 12,V, ALÍNEA "C", DA LEI 9.656/98 E A NECESSIDADE DE SE TUTELAR O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA.**

1. "Lídima a cláusula de carência estabelecida em contrato voluntariamente aceito por aquele que ingressa em plano de saúde, merecendo temperamento, todavia, a sua aplicação quando se revela circunstância excepcional, constituída por necessidade de tratamento de urgência decorrente de doença grave que, se não combatida a tempo, tornará inócuo o fim maior do pacto celebrado, qual seja, o de assegurar eficiente amparo à saúde e à vida". (REsp 466.667/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 27/11/2007, DJ 17/12/2007, p. 174)

2. Diante do disposto no artigo 12 da Lei 9.656/98, é possível a estipulação contratual de prazo de carência, todavia o inciso V, alínea "c", do mesmo dispositivo estabelece o prazo máximo de vinte e quatro horas para cobertura dos casos de urgência e emergência.

3. Os contratos de seguro e assistência à saúde são pactos de cooperação e solidariedade, cativos e de longa duração, informados pelos princípios consumeristas da boa-fé objetiva e função social, tendo o objetivo precípuo de assegurar ao consumidor, no que tange aos riscos inerentes à saúde, tratamento e segurança para amparo necessário de seu parceiro contratual.

4. Os artigos 18, § 6º, III, e 20, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor preveem a necessidade da adequação dos produtos e serviços à legítima expectativa que o Consumidor tem de, em caso de pactuação de contrato oneroso de seguro de assistência à saúde, não ficar desamparado, no que tange à procedimento médico premente e essencial à preservação de sua vida.

5. Portanto, não é possível a Seguradora invocar prazo de carência contratual para restringir o custeio dos procedimentos de emergência, relativos a tratamento de tumor cerebral que acomete o beneficiário do seguro.

6. Como se trata de situação-limite em que há nítida possibilidade de violação ao direito fundamental à vida, "se o juiz não reconhece, no caso concreto, a influência dos direitos fundamentais sobre as relações privadas, então ele não apenas lesa o direito constitucional objetivo, como também afronta direito fundamental considerado como pretensão em face do Estado, ao qual, enquanto órgão estatal, está obrigado a observar".(RE 201819, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE,

> Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/10/2005, DJ 27-10-2006 PP-00064 EMENT VOL-02253-04 PP-00577 RTJ VOL-00209-02 PP-00821)
> **7. Recurso especial provido para restabelecer a sentença.**
> **(REsp 962.980/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 15/05/2012)**
> **(sem grifos nos originais)**

Outrossim, importante ressaltar que a única restrição admissível em casos tais, é aquela prevista na Lei n. 9.656/98 (Lei dos Planos de Saúde), art. 12, V, "c":

> Art. 12. São facultadas a oferta, a contratação e a vigência dos produtos de que tratam o inciso I e o § 1º do art. 1º desta Lei, nas segmentações previstas nos incisos I a IV deste artigo, respeitadas as respectivas amplitudes de cobertura definidas no plano-referência de que trata o art. 10, segundo as seguintes exigências mínimas:
> **V - quando fixar períodos de carência:**
> **c) prazo máximo de vinte e quatro horas para a cobertura dos casos de urgência e emergência;**
> (sem grifos no original)

De fato, para casos de emergência/urgência, o prazo máximo de carência que poderá ser estabelecido é de 24 (vinte e quatro) horas. Neste sentido, esta egrégia Corte de Justiça alencarina decidiu:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO - CONSTITUCIONAL – PLANO DE SAÚDE - INCIDÊNCIA DO CDC - NEGATIVA NO CUSTEIO DE INTERNAÇÃO HOSPITALAR POR FALTA DE CARÊNCIA - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA E À SAÚDE - INTELIGÊNCIA DO ART. 12, V, C, DA LEI DOS PLANOS DE SAÚDE (LEI Nº 9656/98) - MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO "PACTA SUNT SERVANDA" - PRESENÇA DE TODOS OS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA - RECURSO CONHECIDO, MAS IMPROVIDO. DECISÃO MANTIDA.
> I - O Código de Defesa do Consumidor deverá ser aplicado mesmo nos casos em que envolver seguradoras de plano de saúde sob o modelo de autogestão sem fins lucrativos, tendo em vista que esta peculiaridade não a afasta da condição de fornecedora, conforme previsão do art. 3º, "caput" e § 2º, do CDC.
> II - Além da negativa da agravante em custear a internação de seu segurado ferir o princípio da dignidade da pessoa humana, encontra-se em confronto com os termos da Lei dos planos de saúde - Lei nº 9656/98 que estabelece, para os casos de urgência, o período de carência máxima de 24 horas.
> III - Agravo de Instrumento conhecido, mas improvido.
> **(TJCE - Agravo de Instrumento 135069200980600000 – Relator(a):** FRANCISCO AURICÉLIO PONTES - **Órgão julgador:** 2ª Câmara Cível - **Data de registro:** 18/05/2012)

No caso em tablado, verifica-se que as partes firmaram a avença em 20.05.2006 (cópia do contrato à fl. 17), surgindo a necessidade de internação em 02.10.2006, consoante o laudo médico de fl. 19. Por conseguinte, conclui-se que o prazo de 24 (vinte e quatro) horas foi observado, nos termos da Lei n. 9.656/98, não havendo que se falar em prazo de carência de 180 (cento e oitenta) dias, como pretende a Insurgente.

Por conseguinte, não subsistente a argumentação utilizada pela insurgente, quanto à aplicação da Resolução CONSU n. 13 de 04/11/1998 ao caso em jaez, vez que a referida norma regulamentar confronta dispositivo legal.

ISSO POSTO, conheço o Recurso de Apelação Cível, no entanto para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo inalterada a sentença a quo, nos termos delineados alhures.

É como voto.

Fortaleza, 18 de fevereiro de 2013.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 689781-42.2000.8.06.0001/1
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA ESPECIFICIDADE E DA DIVISIBILIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO DESCRITO NA TAXA DE TURISMO. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA MEDIANTE TAXA. OFENSA AOS ARTS. 77 E 79, II E III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. AUSÊNCIA DE COMPULSORIEDADE CARACTERÍSTICA DE TRIBUTO. INEXISTÊNCIA DE CORRESPONDÊNCIA ENTRE CONTRIBUINTES E BENEFICIÁRIOS DO SERVIÇOS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM TODOS OS SEUS TERMOS. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DA REMESSA OBRIGATÓRIA.

1. Cuida-se de Reexame Necessário de sentença que concedeu a segurança à empresa determinando que o Município de Fortaleza se abstivesse de cobrar a denominada Taxa de Turismo instituída pela Lei 8.127, sob o fundamento de que não atendia aos requisitos legais para essa espécie de tributo.

2. Os serviços gerais não podem ser remunerados mediante taxa, visto faltar-lhe os atributos da especificidade e divisibilidade.

3. A cobrança de Taxa de Turismo relativa a utilização efetiva ou potencial da infraestrutura turística do ente municipal denota patente inconstitucionalidade e ilegalidade, em face da afronta ao art. 145, II da CF/88, bem como arts. 77 e 79, II e III do CTN, pois tais serviços são de forma genérica, indivisível e indiscriminada.

4. Além disso, forçoso reconhecer que o serviço de turismo é classificado como "de fruição facultativa", pois a Constituição Federal não permite compelir ninguém a utilizar dos serviços que foram ofertados pelo Município nas normas questionadas. Como espécie de tributo, deveria ser revestida de compulsoriedade, sendo esse mais um argumento para a impossibilidade de sua cobrança por meio de taxa.

5. Por último, temos que a taxa é instituída em razão de contraprestação de um serviço público prestado. No caso em exame, não existe exata e necessária correspondênci6. Reexame necessário conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unanimidade, em conhecer o Reexame Necessário e negar-lhe provimento,confirmando *in totum* a sentença singular.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Reexame Necessário de sentença exarada pelo Juiz de Direito da 3ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, que concedeu a segurança requestada em sede de Mandado de Segurança impetrado por NORDESTE TURÍSTICO E EMPREENDIMENTOS LTDA em face do SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE FORTALEZA para que o Poder Público se abstivesse de cobrar a taxa de turismo instituída pela Lei Municipal de nº 8.127/97.

Aduz o promovente, em sua peça inicial às fls.02/48, com documentos colacionados às fls. 49/59, que o Município de Fortaleza instituiu a Taxa de Turismo através da Lei Municipal de nº 8.127/97, tendo como fato gerador a utilização efetiva ou potencial dos serviços, equipamentos públicos e a infraestrutura turística do Município de Fortaleza postos à disposição do turista.

Alega o impetrante, em suma: a) que a referida exação teria sido instituída em nítida afronta à CF/88 e ao CTN, uma vez que seu fato gerador não gozaria dos pressupostos da especifica e divisibilidade; b) que o serviço não estaria dotado da característica da compulsoriedade.

Pleiteia que seja concedida medida liminar para que o impetrado suspenda a cobrança da taxa. Ao final, pugna pela concessão da segurança, confirmando-se a liminar.

Devidamente notificada, a autoridade apontada como coatora apresentou informações às fls. 85/92, alegando, em suma: a) que a Taxa de Turismo é constitucional e legal; b) que os serviços prestados pelo Poder Público Municipal são divisíveis e específicos.

Medida liminar concedida nos moldes requestados, conforme decisão de fls. 94/95.

Agravo de instrumento interposto contra essa decisão, às fls. 96/107.

Decisão monocrática inadmitindo o recurso interposto pelo ente municipal, às fls. 117/120, por ausência de respaldo legal que contemple tal recurso.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público de 1º grau apresentou parecer às fls. 110/116 pela acolhida da pretensão autoral.

Sentença às fls. 123/133, na qual o MM. Juízo *a quo* julgou procedente a demanda postulada pela impetrante, concedendo a segurança, sob a argumentação de que a referida Taxa de Turismo não se revestia de compulsoriedade, nem atendia aos requisitos da especificidade e divisibilidade quanto ao serviço público oferecido.

Nenhuma das partes apresentou recurso, conforme certificado à fl. 136.

Despacho à fl. 137, determinando a subida dos autos a esse Egrégio Tribunal de Justiça para o Reexame Necessário.

Parecer do representante do Ministério Público de 2º grau, às fls. 147/154, opinando pela manutenção integral da sentença em análise.

É o relatório. Ao douto revisor.

Peço dia para julgamento.

VOTO

O cerne da questão controvertida consiste, em suma, em verificar se é constitucional e legal a Taxa de Turismo instituída pelo Município de Fortaleza através da Lei Municipal de nº 8.127/97.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre as hipóteses que ensejam a criação de taxas em seu art.145, como podemos visualizar:

> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
> I – impostos;
> II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição;
> III - contribuição de melhoria, decorrente de obras públicas.

Não há duvidas, portanto, que o ente municipal, dentro de sua competência, pode criar tributos na espécie taxa. Em conformidade com a norma constitucional, temos que existem duas modalidades de taxas: as instituídas em razão do exercício do poder de polícia e as instituídas pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis.

No presente caso, a discussão reside em analisar se o fato gerador da Taxa de Turismo atendeu ao requisito estabelecido pela segunda modalidade de taxa descrita acima, qual seja, ser relacionado a serviço público específico e divisível.

Ao tratar do tema, dispõe o Código Tributário em seus art. 77, *caput*, e art. 79, I e II, assim dispõe:

> Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal

> ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.
>
> **Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:**
> **I - utilizados pelo contribuinte:**
> **a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título;**
> **b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;**
> **II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;**
> **III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.**

A Lei 8.127/97 do Município de Fortaleza, ao instituir o referido tributo, dispõe em seu art. 1º e 2º:

> Art. 1º. Os hotéis, *flats* e pousadas ficam obrigados a recolher à Secretaria de Finanças do Município de Fortaleza a Taxa de Turismo, devida por diária de hospedagem, a qual é fixada nos seguintes valores:
>
> **HOTÉIS**
> **5 estrelas.....R$2,00(dois reais)**
> **4 estrelas.....R$1,00(um real)**
> **3 estrelas.....R$1,00(um real)**
> **2 estrelas.....R$1,00(um real)**
> **1 estrela.....R$1,00(um real)**
>
> **FLATS R$1,00(um real)**
> **POUSADAS R$0,50(cinquenta centavos)**
> **Parágrafo único – O disposto neste artigo não se aplica aos motéis, albergues e similares.**
>
> **Art. 2º. A Taxa de Turismo tem como fato gerador a utilização efetiva ou potencial dos serviços, equipamentos públicos e a infra-estrutura turística do Município de Fortaleza, postos à disposição do turista.**

Cumpre agora analisar se o serviço público apontado como fato gerador do tributo, qual seja, a disponibilização de equipamentos públicos e a infraestrutura turística do município ao turista cumpre os requisitos apontados no CTN e na Constituição Federal de 1988.

A respeito, oportuna é a lição de HUGO DE BRITO MACHADO, máxime quanto à especificidade e divisibilidade do serviço público:

> "Para que o serviço público possa servir como fato gerador de taxa, deve

> ser (a) específico e divisível; (b) prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição; e, finalmente, (c) utilizado, efetiva ou potencialmente, pelo contribuinte. Não é fácil definir o que seja um serviço público específico e divisível. Diz o Código que os serviços são específicos quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas, e divisíveis quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um de seus usuários (art. 79, incs. II e III). Não obstante estejam tais definições contidas em dispositivos separados, cuida-se de duas definições inseparáveis, no sentido de que um serviço não pode ser divisível se não for específico. Não tem sentido prático, portanto, separar tais definições, como a indicar que a taxa pode ter como fato gerador a prestação de um serviço público específico ou de um serviço público divisível. Aliás, isto decorre do próprio dispositivo constitucional, que se refere a serviço específico e divisível. [...] Quando se trata de atividade provocada pelo contribuinte, individualmente, como ocorre, por exemplo, no caso do fornecimento de certidões ou da prestação de atividade jurisdicional, parece induvidoso o caráter específico e divisível do serviço. Por outro lado, serviço como o de iluminação pública, por exemplo, não nos parece ser específico nem divisível, posto que é usufruível por todos de forma indistinta." (MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 30ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 430-431)

Pela análise do fato gerador descrito na norma municipal, temos que estes serviços prestados pelo Município são, irrefutavelmente, desfrutados genericamente e indistintamente pelos contribuintes, em caráter *"uti universi",* e até mesmo pelos habitantes do município, não existindo possibilidade de destacá-los em unidades autônomas ou mensurar o proveito individual de cada contribuinte em relação a estes. Não se pode, porém, determinar o *quantum* que cada contribuinte utilizou do serviço, requisito essencial para a possibilidade de cobrança de taxa.

Dessa forma, em decorrência do caráter indivisível e inespecífico, além da inexistência de natureza *uti singuli* do serviço, forçoso reconhecer a impossibilidade de custeio mediante a instituição de taxas.

A jurisprudência desse Egrégio Tribunal de Justiça, em consonância com o já debatido no âmbito do Superior Tribunal Federal, já se manifestou acerca do tema em casos análogos relativos a Taxa de Iluminação Pública.

> CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS E REEXAME NECESSÁRIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DA ESPECIFICIDADE E DA DIVISIBILIDADE DO SERVIÇO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA MEDIANTE TAXA. OFENSA AO ART. 145, II DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E AOS ARTS. 77 E 79, II E III DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. SÚMULA 670 DO STF. PRECEDENTES DO STF E DESTA CORTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, EM TODOS OS SEUS TERMOS. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO

DAS APELAÇÕES E DA REMESSA OBRIGATÓRIA.
1 - Os serviços gerais não podem ser remunerados mediante taxa, visto faltar-lhe os atributos da especificidade e divisibilidade.
2 - A cobrança de taxa de iluminação pública denota patente inconstitucionalidade e ilegalidade, em face da afronta ao art. 145, II da CF/88, bem como arts. 77 e 79, II e III do CTN.
3 - Entendimento pacificado no âmbito do Superior Tribunal Federal com a edição da Súmula nº 670.
4 - Apelações Cíveis e Reexame Necessário conhecidos, mas improvido.
(Apelação / Reexame Necessário 1782916200480600000 - Relator(a): MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 2ª Câmara Cível - Data de registro: 29/11/2011)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA PELO MUNICÍPIO DE CAPISTRANO NA FORMA DA LEI 782/2002. SERVIÇO PÚBLICO INDIVISÍVEL.
1**. O serviço de iluminação pública tem caráter genérico e indivisível. Invalidade da cobrança de Taxa de Iluminação Pública por afronta direta ao CTN.** Precedentes TJ/CE e STJ: "Ilegitimidade da taxa, dado que o serviço de iluminação pública é um serviço destinado à coletividade toda, prestado *uti universi* e não *uti singuli*."
2. "O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa". STF Súmula 670. Entendimento pacífico que dispensa a instauração do incidente de inconstitucionalidade.
3. No caso dos autos, pretende o Município autorizar a cobrança mediante a Lei 782, onde a tarifa é cobrada através da Contribuição de Iluminação Pública, porém, a despeito da nomenclatura, a lei instituidora prevê a cobrança como fator da energia consumida nas contas dos habitantes daquela municipalidade.
4. Ademais, o Município adversa a tese que o Decreto 5/2003 regulou a exação criando nova base de cálculo, no entanto, a alteração da base de cálculo através de decreto não atende aos parâmetros de legalidade que instruem a normatividade do ato regulamentador, tornando-o inaplicável. Apelação Conhecida e desprovida.
(Apelação / Reexame Necessário 103517200480600000 - Relator(a): MANOEL CEFAS FONTELES TOMAZ - Comarca: Fortaleza - Órgão julgador: 6ª Câmara Cível - Data de registro: 02/04/2012

Temos, ainda, que para cobrança de taxas, seja o serviço fruível ou meramente potencial, pressupõe-se que tenha utilização compulsória, uma vez que é um tributo.

Sobre o tema, importante são os ensinamentos de ROQUE ANTÔNIO CARRAZA:

> "A disponibilidade que autoriza a tributação por via de taxa de serviço há de ser direta e imediata, e não difusa. Além disso, para que este tributo seja exigível, é mister que a utilização (não a prestação) do serviço público seja compulsória, isto é, obrigatória, por imperativo legal. Assim, se o serviço público estiver à disposição de todos, mas não diretamente do contribuinte, ou, ainda que à disposição direta deste, sua fruição for facultativa, a taxa só poderá ser exigida – sempre com apoio em lei – de quem efetivamente vier a utilizá-lo. [...] Apenas a disponibilidade dos serviços públicos de utilização compulsória autoriza o legislador da pessoa política competente a exigir a taxa de serviço fruível. Exemplificando, a lei pode obrigar o administrado a pagar a taxa pelo serviço, posto à sua disposição, de coleta domiciliar do lixo, ainda que ele não o utilize, por se encontrar viajando. A lei, todavia, não pode compelir os administrados que forem proprietários de veículos automotores a pagarem pedágio (taxa de serviço), exatamente porque a Constituição não permite obrigá-los à "utilização de via conservadas pelo Poder Público." Só quem efetivamente utilizar a rodovia conservada pelo Poder Público poderá ser obrigado a pagar o pedágio. [...] Em suma, a taxa de serviço fruível só pode ser exigida quando o serviço público, posto à disposição do contribuinte, for de fruição compulsória."
> (CARRAZZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 26ª ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 551-553)

No caso sob exame, forçoso reconhecer que o serviço de turismo é classificado como "de fruição facultativa", pois a Constituição Federal não permite compelir ninguém a utilizar dos serviços que foram ofertados pelo Município nas normas questionadas, não podendo, pois, sob mais um argumento, ser cobrado mediante taxa.

Dessa forma, a cobrança pela utilização dos equipamentos públicos e a infraestrutura turística do município somente poderia ser exigido de quem efetivamente deles usufruiu, e por meio de tarifa ou preço público.

A propósito, os Egrégios Tribunais de Justiça pátrios já se manifestaram no sentido de declarar a impossibilidade de instituição de taxas com fato gerador análogos ao discutido no presente incidente. *Mutatis mutandis*, confira-se os seguintes arestos:

> INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - TAXA DE TURISMO - INCONSTITUCIONALIDADE- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS INESPECÍFICOS E INDIVISÍVEIS – VIOLAÇÃO DOS ARTIGOS 145, II, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA E 77 E 79 CTN - INCIDENTE PROVIDO. **'A 'Taxa de Turismo' instituída pelo Município de Uberaba é de natureza genérica, prestadas 'uti universi', não preenchendo os requisitos da divisibilidade e da especificidade previstas nos artigos 77 e 79 do CTN, não comportando cobrança de taxa para sua prestação** (art. 145, II, da Constituição Federal)'.
> (Tribunal de Justiça de Minas Gerais, Corte Superior, Incidente de Inconstitucionalidade n. 1.0701.06.170748-8/004, Rel. Des. Alvim Soares, D.J.: 21/08/2009)
>
> AÇÃO DIRETA. TAXA DE TURISMO. LEI Nº 405/05 DO

> MUNICÍPIO DE RIO QUENTE. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA. **OS RECURSOS E SERVIÇOS DE TURISMO, EXPRESSAMENTE REFERIDOS NO § 3º E ALÍNEAS DO ARTIGO 1º DA LEI INQUINADA (URBANIZAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE PONTOS TURÍSTICOS, SINALIZAÇÃO VIÁRIA, JARDINS PÚBLICOS, PONTOS DE ÔNIBUS, CENTRO CULTURAL COM BIBLIOTECA, DENTRE OUTROS), NÃO PODEM SER REMUNERADOS MEDIANTE TAXA, VEZ QUE NÃO CONFIGURAM SERVIÇOS PÚBLICOS ESPECÍFICOS E DIVISÍVEIS PRESTADOS AO CONTRIBUINTE OU POSTOS A SUA DISPOSIÇÃO. AO CONTRÁRIO, CADA QUAL CONFIGURA TÍPICO OBJETO DA ATUAÇÃO EDILÍCIA, DEVENDO SER CUSTEADO COM O PRODUTO DA ARRECADAÇÃO EM GERAL.** ARGUIÇÃO PROCEDENTE, COM EFEITOS *EX NUNC*.
> (Tribunal de Justiça de Goiás, Corte Superior, ADI n. 200800714363, Rel. Des. Beatriz Figueiredo Franco, D.J.: 24/02/2010)

Ademais, também cabe ressaltar que se inclui no conceito de taxa a ideia de contraprestação a um serviço público prestado, o que não caso em exame também não é respeitado, uma vez que não existe exata correspondência entre o contribuinte do respectivo tributo(hóspedes) e as pessoas que utilizam os equipamentos de turismo.

Deve ser, portanto, mantida a segurança, impossibilitando o Município de Fortaleza de cobrar a denominada Taxa de Turismo, uma vez que o serviço público descrito como fato gerador não preenche as características de especificidade e divisibilidade, além de não se revestir de compulsoriedade e inexistir exata correspondência entre contribuintes e beneficiários

ISSO POSTO, conheço o Reexame Necessário, para negar-lhe provimento, mantendo intocada a decisão guerreada.

É como voto.

Fortaleza, 29 de julho de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 740556-61.2000.8.06.0001/1
APELANTES: BANCO ITAÚ S.A
DANUSA FÉRRER VASCONCELOS
APELADOS: BANCO ITAÚ S.A
DANUSA FÉRRER VASCONCELOS
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO ADESIVO. DIREITO DO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE PREPARO DO RECURSO ADESIVO. DESERÇAO. NÃO CONHECIMENTO. COBRANÇA INDEVIDA. ART. 42, § ÚNICO, DO CDC. AUSÊNCIA DE CAUSA JUSTIFICATIVA. DEMONSTRADAÇÃO DE MÁ-FÉ. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO POR PARTE DO CONSUMIDOR ADVINDO DA INDEVIDA COBRANÇA. DEVER DE RESSARCIMENTO NÃO CONFIGURADO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO, A FIM DE DENEGAR A PRETENSÃO AUTORAL, QUANTO À REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO.

1. Inicialmente, no que tange ao Recurso Adesivo, como bem ponderou a nobre Representante do *Parquet,* constata-se que a recorrente não comprovou a realização do preparo, restando, pois, a insurgência deserta, nos termos do art. 500, III c/c art. 511, ambos do CPC.

2. O cerne do Recurso de Apelação em apreço consiste em averiguar a responsabilidade civil da instituição bancária pela realização de cobrança judicial de dívida já paga.

3. No autos, restou demonstrada a indevida cobrança judicial, efetuada pela insurgente, quanto às parcelas referentes aos meses de junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro 2000.

4. Não demonstrada a existência de qualquer causa que justificasse o erro cometido pela instituição bancária, mister se faria a devolução das quantias indevidamente cobradas, em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.

5. Todavia, cumpre salientar que o artigo acima mencionado aduz que a repetição se dará "*por valor igual ao dobro do que pagou em excesso*", o consumidor. *In casu,* não houve o

pagamento de quantias em excesso, vez que a ação de busca e apreensão foi julgada sem resolução de mérito. O que de fato ocorreu, foi o pagamento anterior, de forma extrajudicial, das quantias que foram convencionados no instrumento contratual, razão pela qual não há que se falar em repetição de indébito, tampouco na forma duplicada.
6. RECURSO ADESIVO NÃO CONHECIDO. RECURSO DE APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDO E PROVIDO, A FIM DE REFORMAR A SENTENÇA VERGASTADA, NEGANDO A PRETENSÃO AUTORAL.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, de acordo com o voto do relator, em negar conhecimento ao Recurso Adesivo interposto por DANUSA FÉRRER VASCONCELOS e conhecer a Apelação Cível interposta pelo BANCO ITAÚ S.A, concedendo-lhe provimento, a fim de reformar a sentença vergastada.

RELATÓRIO

Cuidam-se os presentes autos de Apelação Cível e Recurso Adesivo, interpostos pelo BANCO ITAÚ S.A e por DANUSA FÉRRER VASCONCELOS, respectivamente, com o fito de reformar a sentença proferida pelo MM. Juiz da 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Compulsando os autos, verifico que a Sra. DANUSA FÉRRER VASCONCELOS ingressou com Ação Ordinária de Cobrança e Indenização (Processo n. 740556-61.2000.8.06.0001/1) a fim de receber, em dobro, o valor indevidamente cobrado pela instituição financeira, bem como os danos morais advindo do referido ato, supostamente ilícito.

A pretensão autoral foi parcialmente acolhida pela sentença de fls. 77/81, por meio da qual a promovida restou condenada ao pagamento do valor de R$ 5.604,72 (cinco mil, seiscentos e quatro reais e setenta e dois centavos), relativo à cobrança indevida efetuada. Por outro lado, o ressarcimento pelos danos morais foi indeferido, à míngua de elementos probatórios nos autos.

Recurso de Apelação às fls. 83/90, em que o BANCO ITAÚ S.A. aduz: a) a promovente/apelada não efetuou o pagamento das parcelas cobradas judicialmente, mas tão somente de uma parcela, extrajudicialmente; b) conquanto restasse comprovada a existência de pagamento indevido, "*a recorrente deveria embasar seu pedido em erro*."; c) para que houvesse a repetição em dobro das quantias indevidamente pagas, seria

necessária a ausência de causa jurídica ou a falta de um vínculo preexistente a justificar o pagamento.

Recurso Adesivo às fls. 94/103, por meio do qual a Sra. DANUSA FÉRRER VASCONCELOS, aduz que: "não resta dúvida sobre os danos morais sofridos pela Recorrente, d.v., seja pela cobrança indevida das seis parcelas já quitadas, seja por mentir em juízo rogando a extinção do feito com fulcro em suposto acordo entre as partes que nunca existiu, seja por condicionar a desalienação do veículo, já purgada a mora e quitado, somente após a desistência da Reconvenção pela ora suplicante na Ação de Busca e Apreensão, seja ainda, por inserir o nome/CPF da Recorrente em cadastro negativador indevidamente".

Contrarrazões ao Recurso de Apelação às fls. 104/109.

Contrarrazões ao Recurso Adesivo às fls. 114/121.

Empós, foram os fólios remetidos a este egrégio Tribunal de Justiça e, posteriormente, encaminhados à douta Procuradoria Geral de Justiça.

Às fls. 142/147, a douta Representante do Ministério Público opinou pelo não conhecimento do Recurso Adesivo, por ser este deserto e, quanto ao Recurso de Apelação, pelo seu desprovimento.

Eis o relatório.

Ao douto Revisor.

Fortaleza, 15 de abril de 2013**.**

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço a Apelação Cível.

No que tange ao Recurso Adesivo, como bem ponderou a nobre Representante do *Parquet,* constata-se que a recorrente não comprovou a realização do preparo, restando, pois, a insurgência deserta, nos termos do art. 500, III c/c art. 511, ambos do CPC.

Deveras, em que pese a Sra. DANUSA FÉRRER VASCONCELOS haver requerido os benefícios da justiça gratuita, na peça inaugural, depreende-se da análise dos autos que o pedido não foi apreciado. Com efeito, a justiça gratuita apenas foi deferida nos autos da anterior Ação de Busca e Apreensão, registrada sob o n. 2000.02.58595-2 (519601-90.2000.8.06.0001/0), a qual já havia sido definitivamente julgada à época da interposição da vertente Ação de Cobrança.

Caberia, pois, à promovente/insurgente haver instado o órgão julgador a se manifestar acerca do petitório, ou reafirmá-lo em sede recursal. Ante a ausência de requerimento neste sentido, resta este órgão julgador impossibilitado de conceder o benefício *ex officio.* Neste sentido:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. AÇÃO REVOCATÓRIA. PREPARO. DESERÇÃO. ART. 208 DO

> DECRETO-LEI Nº 7.661/45. NÃO INCIDÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. CONCESSÃO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS. IMPRESCINDIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA SITUAÇÃO ECONÔMICA.
> 1. "O recurso especial interposto em ação revocatória falencial não dispensa o pagamento de preparo, sem o qual há de ser reputado deserto" (REsp 550.238/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 05/02/2007).
> **2. É vedada a concessão *ex officio* do benefício de assistência judiciária gratuita pelo magistrado, caso não haja pedido expresso da parte. Precedentes.**
> 3. A concessão da gratuidade da justiça à pessoa jurídica demanda, necessariamente, a demonstração da impossibilidade de arcar com as despesas do processo, não havendo se falar em presunção de impossibilidade decorrente tão-somente de sua dissolução.
> 4. Agravo regimental a que se nega provimento.
> (AgRg nos EDcl no AREsp 167.623/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2013, DJe 25/02/2013)

Dessarte, tendo em vista que não foi realizado o preparo do Recurso Adesivo, nego-lhe conhecimento, pelos motivos expostos acima.

Passo à análise do mérito do Recurso de Apelação Cível.

O cerne da querela em apreço consiste em averiguar a responsabilidade civil da instituição bancária pela realização de cobrança judicial de dívida já paga.

A aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários vem sendo pacificamente reconhecida pela jurisprudência pátria, em consonância com o disposto na Súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: "Súmula 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.".

No caso em apreço, restou demonstrada a indevida cobrança judicial, efetuada pela insurgente. De fato, às fls. 15 e 16-verso, vê-se que as parcelas referentes aos meses de junho, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro 2000 foram pagas. A única parcela, cujo pagamento não restou devidamente comprovado foi a referente ao mês de setembro de 2000.

Por meio da Ação de Busca e Apreensão, registrada sob o n. 2000.02.58595-2 (519601-90.2000.8.06.0001/0), interposta pelo BANCO ITAÚ S.A., foram cobradas as parcelas dos meses de junho, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2000, assim como as prestações vencidas antecipadamente (parcelas de nº 11 a 36) – cópia da inicial às fls. 12/14.

Dos elementos probatórios jacentes aos autos, verifica-se que apenas a prestação referente ao mês de setembro de 2000 não havia sido paga. Por conseguinte, resta comprovada a cobrança indevida efetuada pela instituição bancária, quanto às outras prestações.

Deveras, dispõe o parágrafo único, do art. 42 do CDC:

> Art. 42. Na cobrança de débitos, o consumidor inadimplente não será exposto a ridículo, nem será submetido a qualquer tipo de constrangimento ou ameaça.
> **Parágrafo único. O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.**

Para que reste configurado o dever de ressarcimento em dobro, é necessário que seja demonstrada a má-fé do credor, consoante o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO PÚBLICO. CDC. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA INDEVIDA. OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.
> 1. Não tendo o Tribunal de origem emitido nenhum juízo de valor acerca do dispositivo legal tido por violado no acórdão recorrido, no que concerne à legalidade da cobrança com base na tarifa mínima e na tarifa progressiva, resta ausente seu necessário prequestionamento, incidindo na espécie as Súmulas 282 e 356 do STF.
> 2. O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que se aplica a legislação consumerista aos serviços prestados pelas concessionárias de serviços públicos. Incidência da Súmula 83/STJ.
> 3**. As Turmas que compõem a Primeira Seção deste Superior Tribunal firmaram orientação no sentido de que "o engano, na cobrança indevida, só é justificável quando não decorrer de dolo (má-fé) ou culpa na conduta do fornecedor do serviço"** (REsp 1.079.064/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, DJe de 20/4/09).
> 4. Rever o entendimento firmado pelas instâncias ordinárias, no sentido de que houve cobrança indevida no consumo de água, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento vedado ao Superior Tribunal de Justiça, a teor da Súmula 7/STJ.
> 5. Agravo não provido.
> (AgRg no AREsp 266.103/RJ, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/03/2013, DJe 20/03/2013)(sem grifos no original)

Neste sentido, este egrégio Tribunal de Justiça alencarino já decidiu:

> [123]PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. CONTRATO BANCÁRIO. REPETIÇÃO EM DOBRO DO INDÉBITO - IMPOSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO CREDOR. SENTENÇA MANTIDA.
> 1. A compensação e/ou restituição dos valores pagos a maior é decorrência lógica da revisão contratual, independente de requerimento e de expressa disposição no "decisum", sob pena de a sentença não gerar os efeitos pretendidos e tornar-se inócua.
> **2. A devolução em dobro dos valores pagos a maior, prevista no art. 42, parágrafo único, do CDC, somente se justifica quando caracterizada a má-fé do credor,** o que não ocorre na hipótese de quitação de parcelas contratuais, cuja cobrança decorre de prévia e, até então, válida pactuação. Assim, a devolução deve ocorrer de forma simples. RECURSO IMPROVIDO. (sem grifos no original)

No caso em jaez, não ficou demonstrada a existência de qualquer causa que justificasse o erro cometido pela instituição bancária. Com efeito, excluindo-se a parcela referente ao mês de setembro de 2000, as outras prestações foram regularmente quitadas, consoante os comprovantes de pagamento de fls. 15 e 16-verso. Por conseguinte, uma vez demonstrada a má-fé da instituição bancária, mister se faria a devolução das quantias indevidamente cobradas, em dobro, nos termos do art. 42, parágrafo único, do CDC.

Todavia, cumpre salientar que o artigo acima mencionado aduz que a repetição se dará "por valor igual ao dobro do que pagou em excesso" o consumidor. *In casu,* não houve o pagamento de quantias em excesso; mas tão somente os valores que foram convencionados no instrumento contratual, não havendo que se falar, pois, em repetição, tampouco na forma duplicada.

Neste diapasão, leciona Rizzato Nunes (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pág. 499)

> "Para a configuração do direito à repetição do indébito em dobro por parte do consumidor, é necessário o preenchimento de dois requisitos objetivos:
> a) cobrança indevida;
> **b) pagamento pelo consumidor do valor indevidamente cobrado.**
> A norma fala em pagar "em excesso", dando a entender que existe valor correto e algo a mais (excesso). Mas é claro que o excesso pode ser tudo,

1 Art. 229. Feita a citação com hora certa, o escrivão enviará ao réu carta, telegrama ou radiograma, dando-lhe de tudo ciência.

2 Art. 222. A citação será feita pelo correio, para qualquer comarca do País, exceto:
a) nas ações de estado.
Art. 224. Far-se-á a citação por meio de oficial de justiça nos casos ressalvados no art. 222, ou quando frustrada a citação pelo correio.

3 Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

> quando o consumidor nada dever. Então, trata-se de qualquer quantia cobrada indevidamente. Mas a lei não pune a simples cobrança (com as exceções que na sequência exporemos). **Diz que há ainda a necessidade de que o consumidor tenha pago. Isto é, para ter direito a repetir o dobro, é preciso que a cobrança seja indevida e que tenha havido pagamento pelo consumidor."** (sem grifos no original)

Acerca dos pressupostos, a fim de que haja a repetição em dobro, o STJ já se manifestou:

> RECURSO ESPECIAL - DEMANDA INDENIZATÓRIA - RECUSA INDEVIDA À COBERTURA DE PLANO DE SAÚDE - BENEFICIÁRIA QUE, PREMIDA POR RISCO DE MORTE, EFETUA DESEMBOLSO PARA AQUISIÇÃO DE *STENT* - CIRCUNSTÂNCIA CONFIGURADORA DE COBRANÇA INDIRETA, AUTORIZANDO, EM PRINCÍPIO, A APLICAÇÃO DA PENALIDADE PREVISTA NO ARTIGO 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CDC, EM DESFAVOR DO FORNECEDOR - AUSÊNCIA, TODAVIA, DE MÁ-FÉ NA CONDUTA DA OPERADORA - NULIDADE DE CLÁUSULA CONTRATUAL DECRETADA EM JUÍZO - IMPOSSIBILIDADE DA REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DOBRO - RECURSO DESPROVIDO.
> 1**. Devolução em dobro de indébito (artigo 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor). Pressupostos necessários e cumulativos: (i) cobrança extrajudicial indevida de dívida decorrente de contrato de consumo; (ii) efetivo pagamento do indébito pelo consumidor; e (iii) engano injustificável por parte do fornecedor ou prestador.**
> [...]
> (REsp 1177371/RJ, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 20/11/2012, DJe 30/11/2012) (sem grifos no original)

Por conseguinte, como no caso em jaez a consumidora não procedeu ao pagamento das quantias em razão da indevida cobrança, mas sim por força do instrumento contratual, não há que se falar em repetição de indébito, consoante exposto alhures.

No que tange aos danos morais pugnados pela consumidora, há que se frisar que, não havendo sido conhecido o recurso adesivo, tal matéria encontra-se preclusa, não podendo ser reapreciada em sede recursal.

ISSO POSTO, conheço o Recurso de Apelação interposto pelo BANCO ITAÚ S.A., no entanto nego conhecimento ao Recurso Adesivo, por ser este deserto. No mérito, dou provimento à apelação para reformar a sentença objurgada, negando o pleito de repetição de indébito em dobro, formulado pela promovente.

É como voto.

Fortaleza, 15 de abril de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0415011-13.2010.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: E. R. D. S.
APELADA: S. D. N. M. S.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE DIVÓRCIO DIRETO LITIGIOSO. AÇÃO DE ESTADO. CITAÇÃO QUE DEVE SER LEVADA A CABO POR OFICIAL DE JUSTIÇA, NÃO SE ADMITINDO A SUA FEITURA PELO CORREIO (ARTS. 222, a, E 224 DO CPC). NOS TERMOS DOS ARTS. 227, 228 E 229 DO CPC, A CITAÇÃO POR HORA CERTA SOMENTE PODE SER FEITA POR OFICIAL DE JUSTIÇA, NÃO SE ADMITINDO A SUA REALIZAÇÃO PELO CARTEIRO/ CORREIO. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA E DE TODOS OS ATOS PROCESSUAIS A PARTIR DA CITAÇÃO INICIAL.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em dar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de Apelação manejada por E. R. d. S., por meio da Curadoria Especial, adversando a sentença proferida pelo Juízo da 14ª Vara de Família de Fortaleza que, nos autos de ação de divórcio direto litigioso proposta em seu desfavor por S. d. N. M. S., julgou procedente o pedido.

Na peça exordial (f. 03-08), a Autora argumenta que se casou com o Promovido em 03 de dezembro de 2004 e que estavam separados de fato há mais de 2 (dois) anos.

Alegando que não tiveram filhos, que não havia bens a partilhar e que não objetivava receber pensão alimentícia, postulou a Demandante a decretação do divórcio do casal, afirmando, ainda, que desejava voltar a utilizar o seu nome de solteira (S. d. N. M.).

A citação do Demandado não foi concretizada por meio de carta com AR, malgrado tenha havido 3 (três) tentativas (f. 17).

O Juiz *a quo*, entendendo que a citação se deu por hora certa pelo carteiro/correio, determinou que o Promovido fosse, também por carta com AR, intimado de que foi citado por hora certa, nos moldes do art. 229 do CPC (f. 21 e 22-23).

O Promotor de Justiça oficiante no 1º Grau deu parecer no sentido de que a citação por hora certa deve ser realizada unicamente por oficial de justiça, sustentando, ademais, que o Requerido deveria ser citado por mandado, por se tratar de ação de estado, em conformidade com o art. 224 do CPC (f. 25-26).

O Magistrado *a quo* não acolheu a sugestão ministerial e, considerando revel o Demandado, determinou a remessa dos autos à Curadoria Especial, a qual requereu que o julgador chamasse o feito à ordem para reconhecer a inexistência de citação por hora certa, determinando que o Réu fosse citado por oficial de justiça (f. 27 e 28-32).

Sentenciando o processo (f. 33-34), o Juiz de 1º Grau julgou procedente o pedido inaugural, decretando o divórcio do casal litigante, ressaltando que a mulher voltaria a usar o nome de solteira (S. d. N. M.). No *decisum*, o Magistrado *a quo* asseverou que, na Justiça do Trabalho, mesmo estando em discussão, na maior parte dos casos, verba trabalhista de natureza alimentar, a notificação do reclamado ocorre sem maiores formalidades.

Em seu recurso apelatório (f. 40-47), E. R. d. S., representado pela Curadoria Especial, aduz, em sinopse, que:

a) é nula a citação realizada, pois não há previsão legal de citação por hora certa pelo carteiro/correio, mas somente por oficial de justiça, nos termos dos arts. 227, 228 e 229 do CPC;

b) a ação de divórcio é ação de estado, motivo pelo qual a citação tem que ser realizada obrigatoriamente por oficial de justiça, consoante dispõe o art. 224 do CPC;

c) diferentemente do que entendeu o Juiz de 1º Grau, é a CLT que se serve subsidiariamente do CPC, e não o contrário.

Pugna, enfim, o Recorrente pelo provimento do recurso, com a consequente desconstituição da sentença fustigada e de todos os atos do processo a partir da citação inicial.

Em suas contrarrazões (f. 50-53), a Apelada requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente o *decisum* atacado.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo provimento do recurso (f. 62-65).

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso merece provimento.

Nas ações de estado, a citação deve ser levada a efeito por oficial de justiça, não podendo ser realizada pelo carteiro/correio, em consonância com o que prescrevem os arts. 222, a, e 224 do CPC.

Desse modo, por ser de estado a ação em apreço (divórcio), a citação deveria ter sido realizada por oficial de justiça.

Nesse diapasão, o seguinte julgado:

> PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE DIVÓRCIO - CITAÇÃO POR MANDADO - EXIGÊNCIA LEGAL (ART. 222, a, DO CPC) - DESATENDIMENTO - REVELIA DO DEMANDADO - INADMISSIBILIDADE - SENTENÇA PROFERIDA - NULIDADE DO PROCESSO - RECONHECIMENTO - DESCONSTITUIÇÃO DOS ATOS PRATICADOS - NECESSIDADE - RECURSO PROVIDO.
> (TJMG, Apelação Cível 0772888-86.2009.8.13.0384, Rel. Des. Barros Levenhagen, 5ª Câmara Cível, julgamento em 07.04.2011, publicação em 18.04.2011)

Demais disso, a citação por hora certa somente pode ser realizada por oficial de justiça, inexistindo a figura jurídica da citação por hora certa pelo correio, nos termos dos arts. 227, 228 e 229 do CPC.

Para que haja a citação por hora certa, é imprescindível que o oficial de justiça tenha, sem sucesso, procurado o réu por três vezes, em seu domicílio ou em sua residência, sendo necessário, ainda, que exista suspeita de ocultação, tudo devendo constar da certidão do meirinho.

Na espécie, a citação sequer foi realizada por oficial de justiça, estando evidente que houve ofensa aos referidos dispositivos.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes arestos:

> AÇÃO DE COBRANÇA. CITAÇÃO POR HORA CERTA. […] Para a validade da citação por hora certa, indispensável sejam observados os requisitos legais, quais sejam, ter o oficial de justiça procurado o réu por três vezes, suspeitar que este esteja tentando ocultar-se, e ainda, que o escrivão, após realizada a citação, dê ciência de tudo ao réu. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0026176-97.2006.8.13.0024, Rel. Des. Marcos Lincoln, 10ª Câmara Cível, julgamento em 27.05.2008, publicação em 13.06.2008)

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - CITAÇÃO POR HORA CERTA […] Para que o réu seja citado por hora certa, mister é que o oficial de justiça o tenha procurado por três vezes, em sua residência ou domicílio, e não o tenha encontrado. É necessário, ainda, que haja suspeita de ocultação, a qual deve ser evidenciada na(s) certidão(ões) lavradas pelo meirinho. […]
> (TJMG, Agravo de Instrumento 5156774-39.2000.8.13.0000, Rel. Des. Elpídio Donizetti, 13ª Câmara Cível, julgamento em 16.02.2006, publicação em 21.04.2006)

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, examinando o instituto da citação por hora certa, ensinam que:

> "Citação com hora certa. Frustrada a citação pelo correio, deve ser tentada a citação pessoal por oficial de justiça. Quando também esta restar infrutífera, ocorrendo as circunstâncias apontadas na lei (CPC 227), poderá ser marcada hora certa para a citação do réu que se oculta para evitá-la.
> Requisitos da citação com hora certa. a) O citando deve ser procurado em sua residência (citação *ad domum*), não podendo, em regra, ser procurado em seu local de trabalho; b) deve ser procurado por três vezes, em dias e horários diferentes, de tal sorte que seja possível encontrar-se o réu em um deles; c) deve o oficial de justiça suspeitar de que o réu se oculta para evitar a citação; d) deve o oficial de justiça certificar, pormenorizadamente, em que consistiu referida suspeita, de modo a permitir o controle de seu ato pelo juiz; e) para ser aperfeiçoada a citação com hora certa, deve o escrivão remeter a carta de hora certa (CPC 229)".
> (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 480)

Nesse contexto, é imperioso reconhecer que, não havendo o Requerido comparecido espontaneamente ao processo, patente é o cerceamento de defesa em seu detrimento, sendo-lhe obstada, pelos apontados equívocos processuais, a prática dos atos necessários à sua defesa.

Assim sendo, inarredável se apresenta o acolhimento das razões recursais em tela, afigurando-se necessária a desconstituição da integralidade dos atos processuais praticados a partir da inválida citação do Requerido.

Por fim, esclareço que não prospera o argumento do Magistrado de 1º Grau de que a notificação na Justiça do Trabalho é feita sem maiores formalidades, razão pela qual seria válida a citação realizada nos presentes autos, na medida em que deve ser observado rigorosamente o que estabelece o CPC, cabendo destacar, ainda, que a Justiça do Trabalho, especializada que é, tem particularidades a ela afeitas exclusivamente.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, dando-lhe provimento para, desconstituindo a sentença combatida e todos os atos processuais desde a citação inicial, determinar que seja retomado o processamento do feito com a devida citação do Promovido por oficial de justiça.

Fortaleza, 26 de novembro de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0469147-57.2010.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: M. D. C. M. D. O.
APELADO: F. S. D. S.
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM PERDAS E DANOS. RELACIONAMENTO AMOROSO. RUPTURA. INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO. AUSÊNCIA DE DANOS MATERIAIS INDENIZÁVEIS. DANOS MORAIS NÃO CONFIGURADOS. A FALTA DE PARENTESCO ENTRE O FILHO DA APELANTE E O APELADO AFASTA A OBRIGAÇÃO DE PRESTAR ALIMENTOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. São de responsabilidade da Apelante as compras realizadas por meio dos seus cartões de crédito, de tal sorte que, inexistindo prova de que foram efetuadas contra a sua vontade, eventuais danos materiais, acaso existentes, poderiam ter sido por ela evitados.

2. Do ponto de vista financeiro, a proximidade com o Recorrido trouxe benefícios à Apelante, pois até mesmo um veículo Ford Ka, adquirido por meio de arrendamento mercantil, teria sido dado de presente à Apelante pelo Recorrido, estando o citado automóvel, a despeito da restrição referente ao *leasing*, efetivamente no nome dela, inexistindo, relativamente à compra do carro, dano material a ser reparado.

3. O Apelado, por não ser o causador das dívidas, não pode ser responsabilizado pela inscrição do nome da Apelante nos cadastros restritivos de crédito (SPC e SERASA).

4. A Apelante, independentemente de ter havido influência externa ou não, tomou a decisão de não mais continuar exercendo as suas atividades profissionais, devendo arcar com as consequências.

5. A ruptura de relação afetiva, por si só, não configura ato ilícito, vez que ninguém é obrigado a permanecer unido a outrem, de modo que a suposta dor experimentada pela Apelante está enquadrada dentro do risco natural presente em qualquer compromisso, inexistindo, portanto, dano de ordem moral.

6. As mentiras e as promessas falsas de amor eterno, embora possam ser contrárias aos bons costumes, representam

artifício muitas vezes utilizado no ato da conquista, não se podendo incluir tal expediente no campo das ilicitudes.
7. Inexistindo qualquer parentesco entre o filho da Recorrente e o Recorrido, não há que se falar em obrigação de prestar alimentos.
8. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em negar provimento à Apelação, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por M. d. C. M. d. O., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 18ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de obrigação de fazer cumulada com perdas e danos por ela proposta em desfavor de F. S. d. S., julgou improcedentes o pedido exordial e a reconvenção do Réu.

Na peça inaugural (f. 02-13), a Autora alega que, durante 2 (dois) anos, manteve relacionamento amoroso com o Demandado, sendo que este afirmava que estava separado da esposa havia 10 (dez) anos e que residia com um filho.

Demais disso, sustenta a Demandante, em sinopse, que o Promovido:

a) dizendo que era presente, comprou financiado e colocou no nome dela veículo Ford Ka, mas não honrou o pagamento de todas as prestações;

b) fazia compras utilizando os seus cartões de crédito, deixando-a com vários débitos;

c) aconselhou que o seu filho fizesse o curso de Direito na Faculdade 7 de Setembro, prometendo pagar as mensalidades, somente tendo pago, porém, até o fim do romance;

d) orientou-a no sentido de deixar atividade extra, consistente na venda de confecções, afirmando que iria sustentá-la de tudo.

Requereu a Promovente, por meio da ação de que se cuida, que o Demandado fosse compelido a continuar pagando as parcelas do financiamento do automóvel, a permanecer pagando a faculdade do seu filho e a efetuar o pagamento dos débitos relacionados aos seus cartões de crédito, pleiteando, ainda, indenização por danos materiais e indenização por danos morais, em valor equivalente a 100 (cem) salários mínimos para cada um dos danos.

Em sua reconvenção (f. 138-144), o Promovido/Reconvinte argumenta, em síntese, que:

a) a Promovida/Reconvinda afirmou que estava passando por dificuldades financeiras, passando a pedir-lhe dinheiro emprestado para quitar as suas dívidas e que, por trabalharem no mesmo local (aeroporto de Fortaleza), resolveu ajudá-la;

b) a Demandada/Reconvinda, embora de forma irregular, estava pagando o que lhe devia, mas, inesperadamente, "em razão de ser perdulária" (f. 141), deixou de cumprir os seus compromissos, chegando a dizer que não mais pagaria a dívida;

c) a Autora/Reconvinda foi procurá-lo para informar que tinha ajuizado ação judicial e que "somente desistiria do processo" (f. 141) se ele deixasse de cobrar a quantia emprestada, dizendo, ainda, que seria capaz de desmoralizá-lo na polícia e perante a sua família, acaso continuassem as cobranças.

Pugnou o Demandado/Reconvinte pela procedência da reconvenção, de modo que fosse a Promovida/Reconvinda condenada a pagar o montante que lhe deve, a saber, R$ 131.496,35 (cento e trinta e um mil quatrocentos e noventa e seis reais e trinta e cinco centavos), e a indenizá-lo pelos danos morais sofridos em decorrência das ofensivas palavras por ela proferidas, deixando que o valor fosse arbitrado pelo Juiz *a quo*.

Sentenciando o feito (f. 323-328), o Magistrado de 1º Grau julgou improcedentes o pedido inicial e o da reconvenção.

Embargos de declaração opostos por F. S. d. S. (f. 338-344) foram rejeitados pelo Juiz *a quo* (f. 366-367).

Em seu recurso apelatório (f. 345-355), M. d. C. M. d. O. aduz, em resumo, que:

a) o Apelado, após o fim do relacionamento, suspendeu bruscamente os compromissos com ela assumidos, no que se refere à compra do carro, às mensalidades da faculdade do seu filho e às compras utilizando os seus cartões de crédito, deixando-lhe diversas dívidas, o que ocasionou a inclusão do seu nome nas listas de inadimplentes (SPC e SERASA);

b) o Recorrido, quando disse que estava separado da esposa e que morava com um filho, agiu de má-fé e, ao mentir, praticou conduta ilícita;

c) pensava "estar vivendo o amor mais sólido e verdadeira de sua existência" (f. 353), tendo o Apelado, por meio de palavras amorosas e boas atitudes, conseguido ludibriá-la, fato que lhe causou grande decepção, necessitando, inclusive, fazer tratamento psicológico.

Requer a Apelante, enfim, o provimento do recurso, para que, reformando-se a sentença fustigada, seja julgado totalmente procedente o pedido inicial.

Em suas contrarrazões (f. 370-374), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente o *decisum* atacado.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não merece provimento.

Afirma a Apelante que, diferentemente do que entendeu o Juiz *a quo*, o Apelado praticou ato ilícito, nos termos do art. 186 do Código Civil, causando-lhe danos materiais e morais, razão pela qual deve ser indenizada.

Acerca do tema, Maria Helena Diniz ensina que:

> "Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial e/ou moral […]; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 207)

Dessa forma, para que se configure a responsabilidade civil, é necessário o preenchimento de três requisitos, quais sejam, a ação ou a omissão, o dano e o nexo de causalidade.

Nesse contexto, entendo que não assiste razão à Apelante, pois não se pode atrelar ao Apelado qualquer conduta comissiva ou omissiva apta a gerar a responsabilidade civil.

No que diz respeito aos supostos danos materiais, não há qualquer comprovação no sentido de que o Recorrido causou dano ao patrimônio da Recorrente.

São de responsabilidade da Apelante as compras realizadas por meio dos seus cartões de crédito, de tal sorte que, inexistindo prova de que foram efetuadas contra a sua vontade, eventuais danos materiais, acaso existentes, poderiam ter sido por ela evitados.

Pela análise da prova testemunhal, verifico que, do ponto de vista financeiro, a proximidade com o Recorrido trouxe benefícios à Apelante, pois até mesmo um veículo Ford Ka, adquirido por meio de arrendamento mercantil, teria sido dado de presente à Apelante pelo Recorrido, estando o citado automóvel, a despeito da restrição referente ao *leasing*, efetivamente no nome dela (documento de f. 30), inexistindo, relativamente à compra do carro, dano material a ser reparado.

Por oportuno, transcrevo trechos de depoimentos testemunhais:

a) Maria Lúcia de Castro Pinto afirmou que "dia de sábado o requerido chegava na casa da autora com o mercantil e era ele mesmo que colocava na geladeira" e que "o requerido deu um carro de presente à autora" (f. 291);

b) Lorena de Paula Almeida disse que "o promovido assumiu várias cirurgias com a autora achando que foi em torno de R$ 12.000,00" e que "também lembra de uma televisão de plasma e de um carro Ford KA" (f. 296);

c) Terezinha de Jesus Ximenes Araújo asseverou que "a autora chegou a dizer que o promovido assumia a autora" e que "a autora falou que o requerido comprou um veículo para ela" (f. 298).

À vista disso, é de se concluir que o Apelado, por não ser o causador das dívidas, não pode ser responsabilizado pela inscrição do nome da Apelante nos cadastros

restritivos de crédito (SPC e SERASA).

Demais disso, a Apelante, independentemente de ter havido influência externa ou não, tomou a decisão de não mais continuar exercendo as suas atividades profissionais, devendo arcar com as consequências.

No que tange aos alegados danos morais, também não merece acolhida o pleito da Apelante.

Para que fique caracterizado o dano moral, é necessário que o ato apontado como ofensivo seja suficiente para, hipoteticamente, adentrar a esfera jurídica do homem médio e causar-lhe prejuízo, não podendo o julgador ter como referência a pessoa extremamente melindrosa ou aquela de constituição psíquica muito sensível.

Cabe salientar que a ruptura de relação afetiva, por si só, não configura ato ilícito, vez que ninguém é obrigado a permanecer unido a outrem, de modo que a suposta dor experimentada pela Apelante está enquadrada dentro do risco natural presente em qualquer compromisso, inexistindo, portanto, dano de ordem moral.

A propósito da matéria, trago à colação os seguintes arestos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - ROMPIMENTO DE RELACIONAMENTO AMOROSO - DANO MORAL - INEXISTÊNCIA […] A ruptura de um prolongado e estreito relacionamento afetivo, qualquer que seja o fato motivador, gera mágoa, raiva, sensação de abandono, frustração de sonhos e expectativas, contudo, tais fatos não são aptos a ensejar o dever de reparação. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0074824-62.2010.8.13.0382, Rel. Des. Wanderley Paiva, 11ª Câmara Cível, julgamento em 25.07.2012, publicação em 06.08.2012)

> PRETENSÃO À INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - RELAÇÃO AFETIVA - TÉRMINO DO NAMORO - OFENSA À HONRA - DANOS MORAIS E MATERIAIS - CULPA - NEXO CAUSAL - NÃO COMPROVAÇÃO. […] O simples término de relacionamento afetivo, não é hábil, por si só, a ensejar a ocorrência de danos morais passíveis de indenização, por se tratar de fato plenamente previsível e de comum ocorrência nas relações afetivas atuais.
> (TJMG, Apelação Cível 2278789-08.2008.8.13.0024, Rel. Des. Fernando Caldeira Brant, 11ª Câmara Cível, julgamento em 25.01.2012, publicação em 31.01.2012)

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS - ROMPIMENTO DE RELACIONAMENTO AMOROSO […] - A ruptura de um relacionamento amoroso de longa duração, por si só, não gera o dever de reparação. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0039420-10.2010.8.13.0071, Rel. Des. Alvimar de Ávila, 12ª Câmara Cível, julgamento em 10.08.2011, publicação em 19.08.2011)

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL E PARTILHA DE BENS. EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO. AUSÊNCIA DE ATO ILÍCITO. DANO MORAL AFASTADO. […] a) Para se caracterizar a obrigação de indenizar, devem estar presentes a conduta ilícita, o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano, nos termos do artigo 186 do Código Civil em vigor. b) O término de um relacionamento amoroso, independentemente do nome que a ele se dê - casamento, namoro, união estável, concubinato - não configura, por si só, ato ilícito, pois, ninguém é obrigado a permanecer unido a outrem. c) Apesar de o término de uma relação afetiva ocasionar transtornos psicológicos, não pode fundamentar o pleito de indenização por danos morais, já que o cônjuge que inicia a separação age no exercício regular de um direito. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0186058-78.2009.8.13.0028, Rel. Des. Sebastião Pereira de Souza, 16ª Câmara Cível, julgamento em 06.07.2011, publicação em 15.07.2011)

Acrescento, ainda, que as mentiras e as promessas falsas de amor eterno, embora possam ser contrárias aos bons costumes, representam artifício muitas vezes utilizado no ato da conquista, não se podendo incluir tal expediente no campo das ilicitudes.

Assim sendo, não tendo sido praticado qualquer ato ilícito pelo Apelado, não há que se falar em indenização por danos materiais ou morais.

De mais a mais, argumenta a Recorrente que o Recorrido deve continuar pagando o curso de Direito do seu filho na Faculdade 7 de Setembro.

Razão não lhe assiste.

O art. 1.694, *caput*, do Código Civil estabelece que "podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação".

Maria Helena Diniz, examinando o aludido dispositivo, leciona que:

> "O dever de prestar alimentos fundamenta-se na solidariedade familiar, sendo uma obrigação personalíssima devida pelo alimentante em razão de parentesco que o liga ao alimentando, e no dever legal de assistência em relação a cônjuge ou companheiro necessitado".
> (Código Civil Anotado. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1198-1199)

Na espécie, inexiste qualquer parentesco entre o filho da Recorrente e o Recorrido, estando afastada, portanto, a obrigação de prestar alimentos.

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento, mantendo, em sua inteireza, a sentença combatida.

Fortaleza, 4 de fevereiro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL N. 0094988-56.2009.8.06.0001 DE FORTALEZA
APELANTE: FORTAL AUTOMÓVEIS LTDA.
APELADO: EDUARDO JOSÉ MEDEIROS CARVALHO
RELATOR: DES. RÔMULO MOREIRA DE DEUS

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS. COMPRA DE AUTOMÓVEL ZERO KM. VEÍCULO DEFEITUOSO. FALHA NÃO SANADA PELA APELANTE NO PRAZO DE TRINTA DIAS. DIREITO DO CONSUMIDOR DE RESCINDIR O CONTRATO E EXIGIR A DEVOLUÇÃO DO VALOR PAGO PELO CARRO (ART. 18, § 1º, II, DO CDC). DANOS MORAIS CONFIGURADOS. MANUTENÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO. REFORMA, DE OFÍCIO, DA PARTE DA SENTENÇA QUE TRATOU SOBRE O INÍCIO DA CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E SOBRE OS JUROS MORATÓRIOS. RECURSO IMPROVIDO.

1. Considerando que o defeito não foi solucionado pela Apelante no prazo de trinta dias, é direito do Apelado optar por desfazer o negócio e receber de volta o valor pago pelo automóvel (art. 18, § 1º, II, do CDC), importando ressaltar que a restituição da quantia paga deve ser acompanhada da devolução do produto defeituoso, decorrência lógica da resolução contratual.

2. As adversidades suportadas pelo Recorrido foram muitas, vez que, apesar de ter comprado carro zero km (esperando, portanto, não ter problemas), teve que levá-lo por diversas vezes à oficina da Recorrente, ficando, em razão disso, sem o veículo, o que seguramente lhe causou transtornos e inquietações, motivo pelo qual deve ele ser indenizado pelos danos morais experimentados.

3. O montante da indenização por danos morais, fixado em R$ 5.000,00 (cinco mil reais), deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

4. Reforma, de ofício, da parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais e sobre os juros moratórios. A correção monetária deve observar a Súmula 362 do STJ, *in verbis*: "A correção monetária do valor da indenização do dano moral

incide desde a data do arbitramento". Os juros moratórios, por seu turno, são devidos a partir da citação, à taxa de 1% ao mês, em consonância com o art. 406 do Código Civil e com o art. 161, § 1º, do CTN.
5. Apelação conhecida, mas improvida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, na conformidade da ata de julgamento, por deliberação unânime, em negar provimento à Apelação e reformar, de ofício, a parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais e sobre os juros moratórios, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de Apelação manejada por Fortal Automóveis Ltda., adversando a sentença proferida pelo Juízo da 26ª Vara Cível de Fortaleza que, nos autos de ação de reparação de danos morais e materiais proposta em seu desfavor por Eduardo José Medeiros Carvalho, julgou procedente o pedido.

Na peça introdutória (f. 04-24), alega o Demandante que, em 27.01.2009, adquiriu, em negócio realizado com a Promovida, veículo Ford/Fiesta 1.6 2008/2009 zero km, cor prata, pelo valor de R$ 34.500,00 (trinta e quatro mil e quinhentos reais).

Afirma o Promovente, além disso, que, em 15.05.2009, o automóvel começou a apresentar barulho no motor que a oficina da Ré não conseguiu solucionar, não obstante tenha o carro lá estado por diversas vezes, asseverando o Autor, ademais, que, embora a Demandada tenha alugado veículos para a sua locomoção durante o tempo em que ficou sem o seu, os referidos carros eram velhos e era ele (Demandante) obrigado a dar caução, por meio do seu cartão de crédito, ficando bloqueado o valor, no aludido instrumento comercial, durante todo o período da locação.

O Requerente argumenta, ainda, que, por se tratar de defeito de fabricação, resolveu, após muitas idas e vindas e várias tentativas infrutíferas de acordo, buscar o PROCON, objetivando receber outro carro.

Em audiência de conciliação realizada no dia 20.08.2009 (f. 27), no mencionado órgão de defesa do consumidor, a Requerida disse que o motor do veículo havia sido trocado, o que não deixou satisfeito o Demandante, haja vista que, segundo ele, a substituição fica registrada no documento do carro, afetando visceralmente a originalidade do automóvel e fazendo decair o seu valor.

Sustentando que o carro, por força da troca do motor, sofreu diminuição no seu preço e que tais fatos causaram-lhe dissabores e transtornos psicológicos, postulou

o Promovente o recebimento do valor pago pelo automóvel (R$ 34.500,00), além de indenização por danos morais no valor de R$ 34.500,00 (trinta e quatro mil e quinhentos reais).

Contestando o feito, a Promovida suscitou, preliminarmente, a necessidade da denunciação da lide à Ford Motor Company Brasil Ltda. e a sua ilegitimidade passiva *ad causam*, requerendo, no mérito, fosse julgado totalmente improcedente o pleito inicial (f. 64-74).

Devidamente citada, a Ford Motor Company Brasil Ltda. pugnou pela inadmissão da denunciação da lide e, acaso fosse ela acatada, requereu a produção de todas as provas em direito admitidas (f. 123-135).

Em sentença de f. 182-186, o Juiz *a quo*, ao tempo em que rejeitou as preliminares levantadas pela Demandada, julgou procedente o pedido prefacial, determinando fosse devolvido ao Autor o valor pago pelo automóvel e condenando a Demandada ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), com juros e correção monetária a partir da citação, além das custas processuais e dos honorários advocatícios.

A Apelante, em suas razões recursais (f. 190-210), aduz, em sinopse, que:

a) os consertos necessários foram realizados no automóvel do Apelado, sem qualquer ônus para ele, não prosperando a alegação segundo a qual houve a substituição do motor, pois foi trocado apenas o bloco e não o motor inteiro, de tal sorte que o documento do carro não foi alterado e, ainda que tivesse ocorrido a troca completa do motor, apenas seria modificada a numeração do equipamento no referido registro veicular;

b) a troca de peças somente causa desvalorização se não forem originais de fábrica, o que não ocorreu, porquanto tudo o que foi utilizado, inclusive o serviço, é da própria Ford;

c) além de não ter praticado qualquer ato ilícito, o que enseja a improcedência do pedido exordial, a situação vivenciada pelo Recorrido configura caso de mero aborrecimento, não havendo que se falar, portanto, em indenização por danos morais;

d) ainda que se entenda pela procedência do pleito vestibular, devem ser reduzidos os valores arbitrados na sentença atacada.

Pugna, enfim, a Recorrente pelo provimento do recurso, com a consequente reforma da sentença vergastada, de modo que seja julgado improcedente o pedido inaugural ou que sejam reduzidos os montantes fixados no *decisum* impugnado.

Em suas contrarrazões (f. 223-225), o Apelado requer o improvimento do apelo, mantendo-se integralmente a sentença combatida.

É o relatório, no essencial.

VOTO

O recurso não comporta provimento. Entretanto, deve ser reformada, de

ofício, a parte da sentença que tratou sobre o início da correção monetária do valor da indenização por danos morais e sobre os juros moratórios.

O Apelado, em negócio realizado com a Apelante, adquiriu automóvel Ford/Fiesta zero km, o qual, pouco tempo depois da aquisição, apresentou problema no motor, mas o Recorrido, conquanto tenha tentado várias vezes, não conseguiu fosse realizada a troca do veículo nem obteve de volta o dinheiro pago pelo carro.

A solução da controvérsia, haja vista a manifesta relação de consumo, reside no Código de Defesa do Consumidor, especificamente em seu art. 18, § 1º, I, II e III, *in verbis*:

> Art. 18. […]
> § 1° Não sendo o vício sanado no prazo máximo de trinta dias, pode o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:
> I - a substituição do produto por outro da mesma espécie, em perfeitas condições de uso;
> II - a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos;
> III - o abatimento proporcional do preço.

Consoante dispõe o texto legal transcrito, pode o consumidor, se não for sanado o problema no prazo de trinta dias, exigir, alternativamente e à sua escolha, a substituição do produto, a restituição do valor pago ou a redução proporcional do preço.

As ordens de serviço constantes dos autos datam de 15.05.2009 (f. 48), de 19.05.2009 (f. 47), de 18.06.2009 (f. 46) e de 23.07.2009 (f. 45), cabendo salientar que, em todas elas, o Apelado noticiou o problema no motor do carro.

Assim sendo, decorreu prazo superior a trinta dias sem a solução do defeito no veículo do Recorrido, visto que, entre a primeira e a última ordem de serviço (15.05.2009 e 23.07.2009, respectivamente), o lapso temporal é maior que sessenta dias.

Além disso, a própria Apelante afirmou, durante a audiência de conciliação realizada no PROCON (f. 27), que a troca do motor havia sido concluída e que o veículo estaria disponível para o Apelado na data em que se realizou a citada sessão conciliatória (20.08.2009), vale dizer, mais de noventa dias após a primeira ordem de serviço (15.05.2009 – f. 48).

Dessa forma, aplicam-se à hipótese dos autos as disposições do art. 18, § 1º, I, II e III, do CDC.

Acerca do assunto, colaciono os seguintes julgados:

> DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. PRODUTO DEFEITUOSO. COMPRA E VENDA DE VEÍCULO. RESCISÃO DO CONTRATO. DEVOLUÇÃO DO PREÇO. […] - Faculta-se ao consumidor pleitear a devolução do preço em caso de defeito em produto durável que não tenha provocado, manifestado no prazo de garantia legal e não sanado em 30 dias. […]
> (TJMG, Apelação Cível 0911745-89.2004.8.13.0707, Rel. Des. José Flávio

> de Almeida, 12ª Câmara Cível, julgamento em 03.02.2010, publicação em 01.03.2010)
>
> INDENIZAÇÃO. VEÍCULO ZERO QUILÔMETRO. VÍCIO DO PRODUTO. ARTIGO 18 DO CDC. […] RESTITUIÇÃO DOS VALORES PAGOS. DEVOLUÇÃO DO BEM. […] De acordo com o artigo 18 do Código de Defesa do Consumidor, tanto o fabricante como o fornecedor são responsáveis pelo vício do produto, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha, a substituição, a restituição da quantia paga ou o abatimento do preço, caso o vício não seja sanado no prazo máximo de 30 (trinta) dias. Para se eximir da responsabilidade, não basta que parte ré tenha tentado reparar os defeitos do veículo no prazo fixado em lei, cumprindo a ela sanar efetivamente os vícios. […]
> (TJMG, Apelação Cível 8226911-44.2005.8.13.0024, Rel. Des. Renato Martins Jacob, 14ª Câmara Cível, julgamento em 28.08.2008, publicação em 10.10.2008)
>
> CONSUMIDOR - APELAÇÃO CÍVEL - VEÍCULO - VÍCIO NÃO SANADO EM 30 DIAS - RESTITUIÇÃO DEVIDA […] INTELIGÊNCIA DO ART. 18, §1º, II, DO CDC. Nos termos da legislação consumerista, não sanado o vício do automóvel no prazo de 30 dias, faz jus o consumidor à restituição do valor pago mediante a devolução do objeto em questão. […]
> (TJMG, Apelação Cível 2378484-03.2006.8.13.0024, Rel. Des. Barros Levenhagen, 13ª Câmara Cível, julgamento em 15.05.2008, publicação em 07.06.2008)

Desse modo, considerando que o defeito não foi solucionado pela Recorrente no prazo de trinta dias, é direito do Apelado optar por desfazer o negócio e receber de volta o valor pago pelo automóvel (art. 18, § 1º, II, do CDC), importando ressaltar que a restituição da quantia paga deve ser acompanhada da devolução do produto defeituoso, decorrência lógica da resolução contratual.

De mais a mais, tenho que as adversidades suportadas pelo Apelado foram muitas, na medida em que, apesar de ter comprado carro zero km (esperando, portanto, não ter problemas), teve que levá-lo por diversas vezes à oficina da Apelante, ficando, em razão disso, sem o veículo, o que seguramente lhe causou transtornos e inquietações, motivo pelo qual deve ele ser indenizado pelos danos morais experimentados.

A avaliação pecuniária do dano moral ainda é objeto de acaloradas discussões doutrinárias, uma vez inexistir dispositivos legais que estabeleçam critérios objetivos, em razão da sua própria natureza, que, por definição, independe de qualquer vinculação com prejuízo material.

Dessa forma, cabe ao julgador, ao seu prudente arbítrio, guardadas as peculiaridades de cada caso, fixar valor suficiente à reparação do dano, mas que, ao mesmo tempo, não se constitua em instrumento de enriquecimento indevido do ofendido. A indenização deve guardar proporcionalidade entre o sofrimento suportado e as condições econômicas do ofensor e da vítima.

Nessa diretriz, orienta-se a doutrina, com eco na jurisprudência:

> "A vítima de uma lesão a algum daqueles direitos sem cunho patrimonial efetivo, mas ofendida em um bem jurídico que em certos casos pode ser mesmo mais valioso do que os integrantes de seu patrimônio, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo as circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento ilícito, nem tão pequena que se torne inexpressiva".
> (Caio Mário da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1990, n. 49, p. 67)

> "O valor do dano moral tem sido enfrentado no STJ com o escopo de atender a sua dupla função: reparar o dano buscando minimizar a dor da vítima e punir o ofensor, para que não volte a reincidir".
> (STJ, REsp 734.303/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, DJ 15.08.2005)

Nesse contexto, o montante de R$ 5.000,00 (cinco mil reais), fixado pelo Juiz de 1º Grau, a título de indenização por danos morais, deve ser mantido, vez que se mostra razoável e condizente com a realidade dos autos.

Não tendo o Magistrado *a quo* tratado adequadamente sobre o início da correção monetária do montante da indenização por danos morais nem sobre os juros moratórios, reformo, de ofício, essa parte da sentença.

Relativamente ao momento inicial da correção monetária do *quantum* reparatório por danos morais, deve ser observada a Súmula 362 do STJ, segundo a qual "a correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento", devendo a correção monetária, diversamente do que decidiu o Juiz de 1º Grau, ocorrer a partir da prolação da sentença vergastada e não a contar da citação.

No que tange aos juros moratórios, saliento que, em se tratando de responsabilidade contratual, caso dos autos, o STJ já decidiu que, "na hipótese de responsabilidade contratual, os juros moratórios possuem como termo inicial a data da citação" (STJ, EDcl no REsp 538279/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, DJe 29.08.2012). Dessa forma, os juros moratórios devem ser fixados, a contar da citação, em 1% (um por cento) ao mês (arts. 406 do CC/2002 e 161, § 1º, do CTN).

Diante do exposto, conheço da Apelação interposta, mas para negar-lhe provimento e, de ofício, reformo a sentença combatida para estabelecer o momento inicial da correção monetária do valor da indenização por danos morais como sendo a data do arbitramento, no Juízo *a quo*, nos termos da Súmula 362 do STJ, e para arbitrar os juros moratórios, devidos a partir da citação, em 1% (um por cento) ao mês, mantendo, no mais, o *decisum* impugnado.

Fortaleza, 6 de maio de 2013.

ÓRGÃO JULGADOR: 7ª CÂMARA CÍVEL
PROCESSO: 0000189-90.2004.8.06.0164
NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL
APELANTES: TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA, COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS, CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS e IRB – BRASIL RESSEGUROS S/A.
APELADO: BRACOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COURO LTDA, nova razão social de BERMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO ANTES DA DECISÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO OU ADITAMENTO DO RECURSO. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO EXTEMPORÂNEO NÃO CONHECIDO. CARGA TRANSPORTADA DO PORTO DA ALEMANHA ENTREGUE NA CEARÁPORTOS – ADESIVO NO CONTAINER AVISANDO A NÃO ABERTURA DA PORTA ESQUERDA – PORTA INDEVIDAMENTE ABERTA – INVÓLUCRO DO LIQUIDO DANIFICADO – CARGA DERRAMADA (ÓLEO DE PEIXE) NO PÁTIO DO PORTO – CULPA EXCLUSIVA DOS FUNCIONÁRIOS DA OPERADORA PORTUÁRIA TERMACO E DA CEARÁPORTOS - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE DA CEARÁPORTOS - NÃO CONHECIMENTO – JUROS MORATÓRIOS A PARTIR DA CITAÇÃO – EXCLUSÃO DA SEGURADORA CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS E IRB – BRASIL RESSEGUROS – NÃO OPOSIÇÃO À DENUNCIAÇÃO DA LIDE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I - O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte de Justiça, pacificaram o entendimento de que o recurso deve ser considerado intempestivo quando interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, acaso não seja ratificado ou aditado após o julgamento dos aclaratórios. Precedentes.

II – No caso concreto, a apelante, TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO, apesar de devidamente intimada da decisão que julgou os embargos de declaração, não ratificou ou aditou o recurso de apelação interposto antes do julgamento dos declaratórios. Assim, diante do silêncio da apelante, impõe-se reconhecer a inadmissibilidade do presente apelo, por intempestividade.

III - Na condição de titular de instalação portuária de uso privado misto, é incontroversa a legitimidade da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ -CEARÁPORTOS no presente caso.

IV - A responsabilidade civil tem por finalidade precípua o restabelecimento do equilíbrio violado pelo dano. O princípio que sustenta a responsabilidade civil contemporânea é o da *restitutio in integrum*, isto é, da reposição do prejudicado ao *status quo ante*. Nesse sentido a responsabilidade civil possui dupla função na esfera jurídica do prejudicado a saber: manutenção da segurança jurídica em relação ao lesado e sanção civil de natureza contemporânea.

V – Lado outro, o nexo de causalidade decorre da simples constatação de que, se não tivesse havido a conduta antijurídica das rés, não teria ocorrido a ofensa ao patrimônio da autora, e, consequentemente, o dano. Com efeito, forçoso o reconhecimento do ato ilícito da lesão e do nexo causal entre as partes, resultante no dever dos recorrentes de reparar os danos experimentados pela autora.

VI - As provas produzida pela autora são aptas a concluir pela responsabilidade das rés, derivadas de culpa consistente na negligência de cuidar de carga em condições sabidamente complicada, inclusive com adesivo de alerta.

VII - Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide, em relação à ré denunciante. Precedentes.

VII - Tratando-se de **responsabilidade contratual**, os **juros moratórios** incidirão a partir da citação (artigo 219 do CPC e artigo 405 do Código Civil)

VIII - Recurso da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA –

TERMACO não conhecido por intempestivo; Recurso da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ - CEARÁPORTOS conhecido e não provido; Recurso da denunciada CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS conhecido e parcialmente provido, reformando-se a sentença atacada no sentido de alterar o termo inicial de incidência dos juros moratórios, fixando-os a partir da citação, e, uma vez que não se opôs à denunciação da lide, isentá-la do pagamento de honorários advocatícios.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Cível nº 0000189-90-2004.8.06.0164 que figuram as partes acima referidas. Acordam os Senhores Desembargadores da 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em não conhecer do Recurso da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO por intempestivo; Recurso da CEARÀPORTOS conhecido e não provido; Recurso da denunciada CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS conhecido e parcialmente provido, reformando-se a sentença atacada, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator, observadas as disposições de ofício.

RELATÓRIO

Cuidam-se os autos de Apelação em face de sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da Comarca de São Gonçalo do Amarante, nos autos de Ação de Indenização por Perdas e Danos promovida por BERMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA em face de TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA E CEARÁPORTOS – COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ**.**

Adoto em parte o relatório da rr. decisão de fls. 492/498:

> "Vistos etc.
>
> Trata-se de ação de indenização ajuizada por BERMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA contra TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA. e CEARÁPORTOS COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ.
>
> Em sua petição inicial de folhas 02 a 15, a autora alega, em suma, que adquiriu de uma empresa alemã 23.640 quilos de óleo de peixe sulfitado utilizado no tratamento de couro; que tal produto foi acondicionado para transporte em "FLEXTANK", forma apropriada para tanto, tendo sido embarcado em perfeito estado de conservação; que o contêiner utilizado para transporte trazia inscrição alertando para os cuidados pertinentes ao tipo de mercadoria; que a mercadoria chegou ao Porto do Pecém em perfeitas

condições; que a ré CEARÁPORTOS era fiel depositária da mercadoria referida; que a ré TERMACO realizou serviços de transporte no contêiner da mercadoria; que durante inspeção física para efeito de fiscalização ocorreu o derramamento da mercadoria; que a ré CEARÁPORTOS é responsável pela perda da mercadoria em razão da sua qualidade de depositária e a ré TERMACO tem responsabilidade contratual; que sofreu um prejuízo na monta de R$ 135.405,84. ao final requereu a citação das rés, e a condenação no ressarcimento dos prejuízos materiais sofridos corrigidos monetariamente e acrescido de juros, e no pagamento dos honorários de advogado e custas judiciais.

Juntou documentos de folhas 16 a 60.

Citação da ré CEARÁPORTOS à folha 68 verso.

Contestação da ré CEARÁPORTOS às folhas 69 a 82, acompanhada dos documentos de folhas 83 a 105, onde essa aduz em preliminar que houve defeito de representação e que é parte ilegítima para figurar no polo passivo da lide. No mérito, argumentou que o despachante presente à inspeção realizada era representante legal da autora e que esse desconhecia o risco de derramamento do conteúdo do contêiner; que o despachante foi advertido desse risco, mas que mesmo assim ordenou a abertura da segunda porta do contêiner por um funcionário da TERMACO, sendo atendido e causando o derramamento e a perda do produto; que a culpa pelo prejuízo sofrido é da própria autora. Ao final requereu sua exclusão do polo passivo da lide, a improcedência do pedido da autora, a sua condenação por litigância de má-fé e no pagamento das custas judiciais e honorários de advogado na base de 20% sobre o valor da causa.

Citação da ré TERMACO à folha 155 verso.

Contestação da ré TERMACO às folhas 112 a 119, que se fez acompanhar dos documentos de folhas 120 a 151, onde essa alega que o despachante aduaneiro da autora foi advertido pelo seu conferente que seria impossível proceder a vistoria no contêiner sob o risco de ocorrer o vazamento do produto; que o despachante ordenou ao funcionário da TERMACO a abertura da segunda porto do contêiner ocasionando o derramamento e perda do produto; que o que deu causa ao dano sofrido foi a ação do despachante aduaneiro da autora; que a empresa CHUBB DO BRASIL CIA DE SEGUROS deve ser a responsável por ressarcir os danos sofrido pela autora caso se comprove sua culpa, denunciando-a da lide. Ao final requereu o julgamento improcedente da ação, a condenação da autora por litigância de má-fé, no pagamento de honorários advocatícios e a citação da seguradora denunciada da lide.

Petição da autora ás folhas 163 a 168, reportando-se às preliminares arguidas e aos documentos juntos às contestações.

No termo de audiência de folha 175, foi acolhido o pedido de denunciação da lide da CHUBB DO BRASIL CIA DE SEGUROS, determinada sua citação e designada nova audiência de conciliação para o dia 09 de março de 2006.

contestação da denunciada da lide CHUBB DO BRASIL às folhas 186 a 200, a qual se anexou só documentos de folhas 201 a 236, aduzindo, em suma, que houve culpa exclusiva da autora pela perda do produto; que não existe qualquer responsabilidade da ré TERMACO quanto aos prejuízos alegados pela autora; que a TERMACO não participou faticamente do fato;

> que a empresa IRB-RE BRASIL RESSEGUROS S.A deve ser condenada a pagar indenização ao seu segurado CHUBB DO BRASIL caso essa seja obrigada a ressarcir os prejuízos afirmados pela autora, denunciado-a da lide. Ao final requereu a improcedência da ação; a sua exclusão de qualquer ônus; a dedução da franquia e o pagamento em forma de reembolso caso haja condenação da TERMACO; que caso seja condenada seja o ressarcimento feito pela denunciada da lide IRB-RE BRASIL RESSEGUROS S.A.
> Audiência conciliatória realizada em 09 de março de 2006 sem obtenção de acordo (fl. 241).
> Petição da autora manifestando-se sobre a preliminar arguida pela denunciada da lide CHUBB DO BRASIL às folhas 242 a 247.
> Despacho acolhendo a preliminar de denunciação da lide da IRB-RE BRASIL RESSEGUROS S.A e designando nova data para audiência de conciliação e instrução em caso de não haver acordo (fl. 259).
> Termo de audiência de conciliação à folha 272, noticiando a não obtenção de acordo e determinando a citação da denunciada da lide IRB-RE, e a sua intimação para audiência de instrução designada.
> Contestação da denunciada da lide IRB – BRASIL RESSEGUROS às folhas 276 a 280, fazendo-se acompanhar dos documentos de folhas 281 a 287 e argumentando, em suma, que aceita a denunciação da lide nos limites do resseguro e da apólice; que não há nexo causal entre qualquer ação ou omissão da TERMACO e os danos alegados pela autora; que a abertura do contêiner se deu na presença do despachante aduaneiro da requerente; que deve ser considerada a possibilidade de culpa concorrente pelos danos alegados; que até o momento de sua contestação o que consta dos autos aponta para a culpa exclusiva da autora; que caso seja deferida indenização essa deve limitar-se aos termos do contrato, no caso do ressegurador, com dedução da franquia contratualmente devida. Ao final pediu a improcedência da ação; a condenação da autora nos ônus da sucumbência; a limitação, no caso de condenação, aos valores contratados na apólice com a dedução da franquia.
> Designada audiência de instrução para o dia 21 de março de 2007 (fl. 295). testemunhas ouvidas às folhas 309 a 317 verso.
> Memoriais da denunciada da lide CHUBB DO BRASIL às folhas 321 a 329; da ré TERMACO às folhas 331 a 336; da autora às folhas 338 a 351; da ré CEARÁPORTOS às folhas 352 a 368.
> É o relatório."

Sobreveio sentença às fls. 492/498, onde o MM. Juiz, na parte dispositiva do referido *decisum,* assim manifestou-se:

> "Assim, por todo o acima exposto, reconhecendo a existência do dano, da culpa e do nexo de causalidade, julgo PROCEDENTE o pedido da autora, para condenar de forma solidária as rés TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA. e CEARÁPORTOS COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ, bem como, também de forma solidária, as denunciadas da lide CHUBB DO BRASIL CIA DE SEGUROS e IRB – BRASIL RESSEGUROS, no limite das apólices de seguro contratadas, no pagamento

> do valor de R$ 135.405,84 (cento e trinta e cinco mil quatrocentos e cinco reais e oitenta e quatro centavos), corrigidos pelo índice IGP-DI (FGV) e acrescido de juros de 1% ao mês, tudo desde a data do fato danoso; bem como no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da condenação.
> Transitado em julgado e satisfeita a obrigação, arquive-se."
> P.R.I.

A CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS opôs Embargos de Declaração, por omissão, às fls. 531/536.

Irresignado com a referida decisão, a TERMACO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA interpôs recurso de apelação às fls. 544/551, aduzindo, em síntese: **a)** imperícia do representante da autora; **b)** inexistência de nexo causal; **c)** culpa exclusiva do autor.

Nestes termos, postula pelo provimento do recurso, no sentido de reformar a sentença de primeiro grau, julgando totalmente improcedente a pretensão autoral, bem como condenar a autora ao pagamento de honorários advocatícios na base 20% sobre o valor da causa.

Decisão ás fls. 559/560 que rejeitou os Embargos de Declaração.

Irresignado com a referida decisão, a CEARÁPORTOS COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ interpôs recurso de apelação às fls. 565/590, aduzindo, em síntese: **a)** ilegitimidade passiva da CEARÁPORTOS; **b)** culpa exclusiva da apelada; **c)** ausência de prestação de Serviço Público; **d)** ausência da culpa *in eligendo;* **e)** ausência de solidariedade entre a Apelante e a prestadora de serviço.

Nestes termos, postula pelo provimento do recurso, no sentido de reformar a sentença em relação à Apelante, excluindo sua solidariedade em relação à condenação, e a consequente inversão dos ônus sucumbenciais.

Irresignado com a referida decisão, a CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS interpôs recurso de apelação às fls. 595/608, aduzindo, em síntese: **a)** culpa exclusiva da apelada; **b)** nulidade da sentença na lide secundária; **c)** ausência de cobertura pelo contrato de seguro.

Nestes termos, postula pelo integral provimento do recurso, reformando-se a sentença no sentido de julgar improcedente a reparação de danos da lide principal, ou, se mantida a sentença, requer a exoneração da denunciada, ou ainda, a declaração da nulidade da sentença na lide secundária.

O autor apresentou contrarrazões às fls. 624/636.

Após sucessivas redistribuições, vieram-me conclusos os autos.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

Cuidam-se de apelações interpostas à sentença de fls 492/498, proferida pelo MM. Juiz da Comarca de São Gonçalo do Amarante que, nos autos da ação de Indenização por perdas e danos ajuizada por BRACOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COURO LTDA, (nova razão social de BERMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA), em face de TERMACO – TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA e CEARÁPORTOS – COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ, tendo por litisdenunciadas CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS e IRB – BRASIL RESSEGUROS S/A, momento em que se viram condenados a indenizar a autora com base nos valores pretendidos inicialmente.

Dando conta por primeiro, a recorrente TERMACO - TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA, por força de suas razões de fls. 543/551, de que o entendimento de primeiro grau não se mostrou adequado no trato da matéria, uma vez que se viu indevidamente condenada a proceder a reparação pretendida pela autora, ora recorrida, posto que os verdadeiros responsáveis pelo ocorrido, seriam o Auditor Fiscal que declarou ter autorizado a abertura dos *containers* e o representante legal da empresa importadora. Dizendo-se prestadora de serviço à autora, para manusear os *containers* para vistoria física a ser realizada pelo Fiscal da Receita Federal, não deve ser responsabilizada pelo ocorrido.

Pediu pela reforma do entendimento do juízo, julgando totalmente improcedente a presente ação.

Também inconformada com os limites da r. decisão sob ataque, em relação a ela, se manifestou a COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS, às fls.564/590, suscitando sob a forma de preliminar a sua ilegitimidade passiva, pois apenas desempenhou suas funções de administradora do Terminal, inexistindo qualquer vínculo jurídico, seja contratual ou extracontratual com a promovente; que inexiste conduta comissiva ou omissiva, capaz de ensejar uma responsabilidade pelo infortúnio sofrido pela requerente. Asseverou, que restou caracterizada a culpa exclusiva do representante legal da promovente.

Assim, pediu o conhecimento e provimento do presente recurso de apelação, sendo reformada a sentença em relação à mesma.

Por derradeiro, a CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS, em seu recurso de fls.595/608, sustentou que a sentença de primeiro grau partiu de uma premissa equivocada ao reconhecer a responsabilidade do segurado TERMACO TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA no evento noticiado na inicial. É nula aquela sentença, porque admitida a denunciação a lide, o seu dispositivo não discriminou as obrigações da empresa denunciante e denunciadas; que seria correto observar se há lide secundária, a denunciada, ora apelante, não precisa ingressar com ação própria para discutir o cumprimento do contrato do

seguro celebrado pela denunciante TERMACO TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA e as limitações da apólice.

Às fls. 531/536, repousam embargos de declaração da CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS, alegando em resenha dúvidas a respeito da real extensão da responsabilidade do segurado (TERMACO-TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA) pelo evento, impossibilitando o eventual pagamento da indenização securitária.

Às fls.559/560, o MM. Juiz sentenciante, negou provimento aos aclaratórios interpostos, mantendo na sua íntegra a decisão. Recebidos os recursos.

Recebidos os recursos (fl. 618), a autora BRACOL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE COURO LTDA, nova razão social de BERMAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, devidamente cientificada, apresentou contrarrazões (fls.624/636), ocasião em que pediu que fossem negado provimentos aos recursos.

Examino, portanto, de forma individualizada cada um dos recursos. Vejamos:

PRIMEIRA APELAÇÃO – TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO.

O recurso não merece ser conhecido.

Consoante reiteradas decisões emanadas do Colendo Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça e desta própria Corte de Justiça, sedimentou-se o entendimento de que os recursos endereçados à instância extraordinária são considerados intempestivos quando interpostos antes do julgamento dos embargos de declaração.

Ocorrendo a hipótese versada, tem entendido nossas Cortes Superiores de Justiça que a intempestividade fica afastada apenas e tão-somente quando o recurso for ratificado ou aditado após o julgamento dos embargos declaratórios.

Veja-se a propósito os seguintes arestos:

> "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO ANTES DA PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. 2. O Supremo possui orientação pacífica no sentido de ser extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes da publicação do acórdão que julgou os embargos de declaração, sem posterior ratificação. Agravo regimental a que se nega provimento."
> (STF, AI-AgR 690.527/PA, Rel. Min. EROS GRAU, Segunda Turma, j. em 01.04.08, DJe 070/2008).
>
> "1. É extemporâneo o recurso extraordinário protocolado antes do julgamento e da publicação do aresto proferido nos embargos declaratórios, sem posterior ratificação. Precedentes. 2. Agravo regimental improvido."

> (STF, AI-AgR 624.059/MG, Rel.ª Minª ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, j. em 04.06.07, DJ de 24.08.07, p. 26).
>
> "CONSTITUCIONAL. FGTS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. NÃO-PROVIMENTO DO AGRAVO REGIMENTAL.
> I. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido de ser considerado extemporâneo o recurso extraordinário protocolizado antes da publicação do acórdão proferido em embargos de declaração, sem posterior ratificação. Precedentes.
> II. - Agravo não provido."
> (STF, RE-AgR 435.008/CE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, j. em 23.11.04, DJ de 10.12.04, p. 50).

O Superior Tribunal de Justiça na qualidade de guardiã da legislação infraconstitucional, também adotou a diretriz de que o recurso de apelação interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, sem que haja posterior ratificação ou aditamento, não merece ser conhecido, por intempestividade. Veja-se:

> AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INTERPOSIÇÃO PREMATURA DA VIA EXCEPCIONAL. RATIFICAÇÃO PELO INTERESSADO. AUSÊNCIA. INTEMPESTIVIDADE. **SÚMULA N. 418/STJ.** INCIDÊNCIA.
> 1. **Considera-se extemporâneo, caso não haja posterior ratificação, o recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, independentemente de ter ocorrido ou não efeitos infringentes, na medida em que a nova decisão integra, para todos os efeitos, o acórdão recorrido. Incidência da Súmula 418/STJ.**
> 2. Agravo regimental a que se nega provimento. De ofício, determina-se o retorno dos autos ao Juiz da execução penal, para a reavaliação de uma eventual substituição da pena por restritiva de direitos e, alternativamente, sobre o regime de cumprimento mais adequado ao caso.
> (AgRg no AREsp 156.060/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 17/06/2013) grifei
>
> PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. PREMATURO. AUSÊNCIA DE ESGOTAMENTO DA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. UBI EADEM RATIO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR.
> 1. A interposição do recurso de apelação antes do julgamento dos embargos de declaração - sem o posterior aditamento - importa na sua intempestividade, por prematuro, porquanto 'ubi eadem ratio, ibi eadem disposit2. É que o Superior Tribunal de Justiça, por meio do seu Órgão Especial, firmou entendimento no sentido de que o recurso especial

interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, ou seja, antes de esgotada a jurisdição prestada pelo Tribunal de origem, é prematuro e incabível, por isso ele deve ser reiterado ou ratificado no prazo recursal. Precedente da Corte Especial: REsp 776265/SC, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro CESAR ASFOR ROCHA, julgado em 18.04.2007, DJ 06.08.2007.

3. O recurso de apelação é o recurso por excelência, singularizando-se pelo fato de dirigir-se ao pronunciamento último do juízo e pela sua ampla devolutividade, que investe o tribunal no conhecimento irrestrito da causa, concretizando o dogma do duplo grau de jurisdição (FUX, Luiz, Curso de Direito Processual Civil, 3ª ed., 1039).

4. No julgamento dos embargos declaratórios, por sua vez, é possível a alteração do julgado pelo reconhecimento de omissão, contradição, obscuridade ou erro material e, ainda que não haja tal modificação, o acórdão dos aclaratórios passa a integrar a decisão embargada.

5. Ressalva do ponto de vista do relator no sentido de que o interesse recursal nasce com a publicação da decisão, por isso que não há necessidade de o recorrente - que se deu por esclarecido - aguardar o esclarecimento da parte adversa. Ademais, em não havendo modificação da decisão no julgamento dos embargos, desnecessária a reiteração - figura não prevista no Código Processual Civil. Ocorrendo a modificação, o recurso anteriormente interposto estará por prejudicado, caso não interposto outro.

Recurso especial provido, com ressalva do relator.

(REsp 886.405/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, j. em 11.11.08, DJe de 01.12.08).

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INEXISTÊNCIA DE RATIFICAÇÃO. EXTEMPORANEIDADE. PRECEDENTES DO STJ. NÃO CONHECIMENTO DA APELAÇÃO.

I – A interposição tempestiva dos embargos de declaração, ainda que estes viessem a ser rejeitados, interrompem o prazo para interposição de eventual recurso.

II – Destarte, é intempestivo o recurso de apelação interposto antes da publicação da decisão dos embargos de declaração opostos em desfavor da sentença recorrida, salvo se houver reiteração posterior.

III – Recurso não conhecido.

(APELAÇÃO CÍVEL 25.989/2008, Rel.ª Des.ª NELMA CELESTE SILVA SARNEY COSTA, j. em 03.03.09, DJE 46/2009, disponibilizado em 11.03.09, publicado em 12.03.09).

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO. NECESSIDADE. ENTENDIMENTO DA CORTE ESPECIAL. RECURSO INTEMPESTIVO.

> 1. O apelo especial interposto de forma prematura, isto é, antes do julgamento dos embargos de declaração, e não ratificado no momento oportuno, não merece ser conhecido por intempestividade. Precedentes: AgRg no Ag 865.840/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 11.6.2008; REsp 776.265/SC, Rel. para acórdão Min. César Asfor Rocha, Corte Especial, DJ de 6.8.2007.
> 2. Agravo regimental não-provido.
> (STJ, AgRg no REsp 728.809/SP, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, j. em 16.12.08, DJe de 06.02.09).
>
> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 535 DO CPC. REJEIÇÃO.
> 1. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração opostos pela parte adversa é intempestivo (REsp n. 776.265-SC, Corte Especial, relator p/ o acórdão Ministro César Asfor Rocha, DJ 06.08.2007).
> 2. A decisão da Corte especial não fez qualquer ressalva quanto à aplicação temporal do entendimento firmado, dessa forma, não há se falar no afastamento da orientação aos recursos interpostos antes da uniformização do entendimento jurisprudencial.
> 3. Aclaratórios manejados com o objetivo de reexaminar o conhecimento do recurso especial.
> 4. Embargos de declaração rejeitados.
> (STJ, EDcl no REsp 919.308/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, j. em 04.09.08, DJe de 01.12.08).

Desta Sétima Câmara, ademais, colho em situação análoga, o julgado seguinte:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PROCESSUAL CIVIL. INTERPOSIÇÃO ANTES DA DECISÃO QUE JULGOU OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AUSÊNCIA DE RATIFICAÇÃO OU ADITAMENTO DO RECURSO. ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. INTEMPESTIVIDADE. RECURSO EXTEMPORÂNEO NÃO CONHECIDO.
> I - O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte de Justiça, pacificaram o entendimento de que o recurso deve ser considerado intempestivo quando interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, acaso não seja ratificado ou aditado após o julgamento dos aclaratórios. Precedentes.
> II – No caso concreto, a apelante, apesar de devidamente intimada da decisão que julgou os embargos de declaração, não ratificou ou aditou o recurso de apelação interposto antes do julgamento dos declaratórios. Assim, diante do silêncio da apelante, impõe-se reconhecer a inadmissibilidade do presente apelo, por intempestividade.
> III - Apelo não conhecido.
> (PROCESSO Nº 0798934-10.2000.8.06.0001, NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL, APELANTE: FAST COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E

REPRESENTAÇÕES LTDA, APELADO: LPM – MARMÓRE E GRANITO LTDA, ORIGEM: 27ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA, RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO BEZERRA CAVALCANTE, Julgado em: 18 de junho de 2013. Publicado em 28 de junho de 2013).

No caso sob apreciação, observo que a apelante não ratificou ou aditou o recurso de apelação, o qual foi interposto antes do julgamento dos embargos de declaração, os quais foram opostos às fls. 531/536, pela CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS.

Com efeito, da sentença de fls. 492/498, as partes foram devidamente intimadas (fl. 508 – juntada de AR's).

No dia 23-04-2008, a CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS, opôs embargos de declaração (fls. 531/536), os quais foram conhecidos e rejeitados, consoante decisão de fls. 559/560.

No dia 28-04-2008 o apelante,TERMACO TERMINAIS MARITIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA-, interpôs o presente recurso de apelação (fls.543/551).

Da decisão que julgou os embargos declaratórios, o réu, TERMACO TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA, não reiterou ou aditou o recurso de apelação interposto antes da decisão dos embargos declaratórios.

Ora, diante do silêncio da apelante, que não apresentou nenhum aditamento ou mesmo ratificação ao apelo por ela interposto, impõe-se reconhecer a inadmissibilidade do presente apelo, por intempestividade.

Ante o exposto, não conheço do recurso, por ser intempestivo.

SEGUNDA APELAÇÃO – COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS.

Preliminar de Ilegitimidade passiva

A preliminar de ilegitimidade da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS não merece prosperar. Insiste ser apenas administradora do Terminal Portuário do Pecém, responsável pela guarda e conservação das mercadorias depositadas em suas instalações de armazenagem na área do Terminal.

Explico.

É cediço que a legitimidade para a causa consiste na qualidade da parte de demandar e ser demandada.

Deve-se proceder a uma análise da titularidade do interesse deduzido em juízo e da resistência oposta a tal interesse em ordem de se verificar as pessoas legítimas

a figurarem no processo.

Para Fredie Didier Jr., "parte legítima é aquela que se encontra em posição processual (autor e réu) coincidente com a situação legitimadora, decorrente de certa previsão legal, relativamente aquela pessoa e perante o objeto litigioso". Para exemplificar: se alguém pretende obter uma indenização de outrem, é necessário que o autor seja aquele que está na posição jurídica de vantagem e o réu seja o responsável, ao menos em tese, pelo dever de indenizar". (Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 12ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 204).

Nesse sentido, a lição de Humberto Theodoro Junior, (Curso de Direito Processual Civil, v. 1, 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 51):

> "Se a lide tem existência própria e é uma situação que justifica o processo, ainda que injurídica seja a pretensão do contendor, e que pode existir em situações que visam a negar *in totum* a existência de qualquer relação jurídica material, é melhor caracterizar a legitimação para o processo com base nos elementos da lide do que nos do direito debatido em juízo".

Tem-se, pois, que a legitimidade *ad causam* deve ser analisada com base nos elementos da lide, ou seja, à luz da situação afirmada na demanda, relacionando-se com o próprio direito de ação, autônomo e abstrato, afastando-se do conteúdo da relação jurídica material deduzida em juízo.

Na hipótese em apreço, é inconteste a legitimidade passiva da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS.

No Capitulo I da Lei nº 12.815 de 5 de junho de 2013, que regula a exploração pela União, direta ou indiretamente dos portos e instalações portuárias, bem como as atividades desempenhadas pelos operadores portuários, o artigo 2º, inciso I, diz o seguinte:

> "I - porto organizado: bem público construído e aparelhado para atender as necessidades de navegação, de movimentação de passageiros ou de movimentação e armazenamento de mercadorias, e cujo tráfego e operações portuárias estejam sob jurisdição de autoridade portuária;

O parágrafo único do artigo 26 da mesma lei, assim diz:

> "Parágrafo único. Compete à administração do porto responder pelas mercadorias a que se referem os incisos II e VII do *caput* quando estiverem em área por ela controlada e após o seu recebimento, conforme definido pelo regulamento de exploração do porto".

Como se vê, são diligências instituídas por lei que devem, obrigatoriamente fazer parte das obrigações dos terminais marítimos.

Veja o que diz o Procurador Federal Carlos Afonso Rodrigues Gomes, em

seu artigo denominado "Dos terminais portuários de uso privado, na disciplina da MP nº 595/2012, publicado em seu portal jurídico Âmbito Jurídico – Administrativo:

> "Na disciplina da lei nº 8.630/93, os terminais autorizados – denominados de uso privado – encontravam-se vinculados à verticalização da cadeia produtiva, pois obrigados a movimentar preponderantemente carga própria. Objetivando ampliar a competitividade na atividade portuária, de modo a equiparar os seus custos aos parâmetros internacionais, foi editada a Medida Provisória nº 595, que altera radicalmente a destinação dos terminais, agora denominados de uso privado. Na novel legislação, tornou-se desimportante a natureza da carga, dado que o titular da outorga poderá movimentar livremente qualquer tipo de carga, ressalvadas eventuais restrições de ordem pública, como de segurança, saúde, meio ambiente. A exploração dos novos terminais de uso privado não mais se configura como mera atividade econômica, mas serviço público dada a incidência de cláusulas exorbitantes, definidoras da supremacia do interesse público na espécie."

A COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS, na condição de titular da administração do Porto, deve também responder pelo fato ocorrido, pois tinha conhecimento do embarque também denominado conhecimento marítimo ou *Bill of Lading* – fl. 34 adquirido e embarcado na cidade de Rotterdam – Alemanha, declarando o recebimento da referida carga.

Saliente-se, que improcede a sofismática alegação da ré de excluir sua responsabilidade, incumbindo ao representante da autora a causa proveniente do ocorrido.

Simples alegações de que desempenhou suas funções em seu terminal privado não convencem, se desacompanhadas de elementos aptos a atestar sua veracidade, não se prestando a relativizar ou invalidar o valor probatório das provas trazidas aos autos, pois como ela mesma diz é depositária legal da mercadoria armazenada.

Alega que a Lei dos Portos definiu a modelagem do Terminal do Pecém, como um Terminal Portuário Privativo de Uso Misto.

Mesmo nessa condição, pois o uso misto é apenas a movimentação de carga própria a terceiros, sendo certo que o termo terceiros do texto legal não significa o público em geral ou a coletividade. O titular do terminal privativo desfruta de ampla liberdade de contratar a movimentação de cargas de terceiros. Aí distingue-se do serviço público portuário. Pois este, depende da delegação específica do poder público e se sujeita aos controles administrativos próprios, o que não ocorre na contratação de movimentação de cargas de terceiros nos terminais privados. Melhor poderia ser seu serviço, garantindo segurança, fiscalização permanente, contratação de mão de obra especializada, competente e, adequação no desembarque em seu terminal privativo.

Compulsando os autos, verifica-se que as provas produzidas são suficientes para concluir que houve responsabilidade por parte da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS pelo ocorrido.

Realmente a porta esquerda do *container* foi aberta de forma inadequada, apresentando todos os riscos para danificar o invólucro do líquido, o que poderia ter sido evitado caso seu representante e os funcionários da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO, tivessem se posicionado a não abertura da porta, pois já tinham visto o adesivo de alerta.

Importante transcrever trechos dos depoimentos das testemunhas.

LUIZ GOMES NOBERTO, qualificado à fl. 410:

> (…) que participou de uma verificação física de um *container* da empresa autora**; que a responsabilidade de abertura dos *containers* era do depositário, no caso a CEARÀPORTOS**; que após a verificação, percebeu que os funcionários estavam com dificuldade de fechar a porta do *container*; **que não conseguiram fechar com esforço físico e passaram a usar uma máquina empilhadeira para tentar fechar a porta;** que **quando o depoente estava entrando no carro oficial da receita federal, ouviu quando o recipiente se rompeu, recipiente que estava o material verificado na inspeção; que o material derramou pelo pátio do porto rapidamente,** que tratava-se de óleo de peixe; **que Aguinaldo apenas orientava e observava os funcionários portuários quando da abertura do *container*;** que acredita que existia contrato entre a empresa TERMACO e a CEARÁPORTOS; que o despachante não tem autoridade para mandar abrir e fechar as portas; que não consta na documentação da Receita Federal o nome do operador que faz as aberturas dos *containers*, pois a relação da Receita é com o depositário, no caso a CEARÁPORTOS; **que o *container* estava no pátio da CEARÀPORTOS e acredita que sob a custódia da CEARÀPORTOS;"**

AGUINALDO GALDINO DAMASCENO, qualificado à fl. 413:

> "(...) que não trabalha e nunca trabalhou para as empresas envolvidas na presente lide; que a empresa que trabalhou Organização Paulo Rocha, despachante aduaneiro já foi contratada pela BERMAS, que não recorda o período; que a abertura da primeira porta do *container* foi autorizada pelo fiscal da Receita Federal; **que a segunda porta não foi autorizada a abertura; que o fiscal Dr. Norberto estava presente no momento da abertura do *container***; que o depoente também estava presente; **que a TERMACO foi a operadora que procedeu a abertura; que o conferente da TERMACO era o Junior mas não estava presente, estava apenas duas pessoas da capatazia; que o "tesoura" da CEARÀPORTOS esteve antes da abertura rompeu o lacre e saiu, que não tinha ninguém orientando os funcionários da TERMACO quando da abertura do *conteiner*;** que cinco minutos após a abertura, iniciou-se o vazamento da bolsa; que **não sabia que não podia ser aberta a porta esquerda;** que soube após o acontecimento; **que soube pelo pessoal da TERMACO; que quem lhe informou foi o Paulo e o Junior**; que **a CEARÀPORTOS é o depositário dos bens; que o responsável pelo *container* é a CEARÀPORTOS** ; que o depoente tinha cópia do ASI para acompanhar o serviço; que mesmo cópia da ADI não sabia qual tipo de mercadoria; que nunca tinha trabalhado ou

> despachado esse tipo de mercadoria; que a abertura da primeira porta foi ordenada pela Receita Federal; que a segunda porta ninguém ordenou; que quem fez a abertura da segunda porta foi a capatazia da TERMACO; **que não tinha ninguém orientando na abertura do *container***; **que era para estar o conferente de pátio da TERMACO orientando a abertura(...)".**

WERLEYANO INDIO DO CARIRI FILHO, qualificado à fl. 417:

> "(...) que é empregado da TERMACO; que estava presente quando da abertura do primeiro *container*; que não estava presente quando da abertura do segundo; que retifica afirmando que estava presente na abertura do segundo *container*, também; que não abriu a outra porta pois tinha um adesivo; que não sabe informar o que tinha escrito no adesivo; que não sabe inglês; que conferiu corretamente o adesivo; que sabe ler em português; **que ficou até o final da vistoria**; **que quem abriu a porta foi o José Rodrigues, rapaz da capatazia; que não ficou até o fina**l; **que o Zé Rodrigues abriu porque estava acompanhado pelo depoente**; **que o rapaz da capatazia abriu porque o despachante mandou**; **que o responsável pelo rapaz da capatazia é o depoente**; **que não advertiu seu subalterno porque não estava mais presente; que sua obrigação é está durante o todo o procedimento de abertura e fechamento do *container*; que não ficou pois tinha vários serviços; que a sua obrigação é ficar da abertura até o fechamento**; que quando o representante aduaneiro foi chamar o auditor fiscal o depoente ficou fazendo vistoria nas proximidades; que avisou antes ao despachante que não poderia abrir a segunda porta; **que pode se opor às ordens do despachante; que o representante da importadora não deu nenhuma ordem para o depoente; que recebeu a ordem de serviço uma hora antes do ocorrido; que estava administrando a abertura de três *containeres* ao mesmo tempo;** que dois estavam fundo com fundo e o terceiro estava a uns cem metros (...)".

JOSÉ RODRIGUES SOUSA, qualificado à fl. 420:

> "(...) que no dia do fato estava num *container* vizinho onde lhe foi solicitado pelo Aguinaldo para abrir a porta do *container*; que o Aguinaldo que mandou abrir as duas portas; que o depoente inocentemente abriu a segunda porta; que viu o adesivo antes de abrir a segunda porta, mas estava escrito em inglês; que o adesivo que tinha na porta era o mesmo que consta às fls. 39 **e pelo desenho dá para saber a forma correta e a forma errada de abrir o *container***; **que mesmo vendo o adesivo abriu a segunda porta; que o despachante não é seu chefe; que não é obrigado a obedecê-lo;** que **não tem o costume de seguir ordem ou orientação do despachante;** que **o fiscal ainda estava quando pediu para abrir a segunda porta (...)".**

Foi assim a fase instrutória. Sortida de depoimentos testemunhais conflitantes, inverdades, um em sentido oposto ao outro, nada mais se abstraindo do que a tentativa dos depoentes de se eximirem de qualquer culpa. O certo é que alguém abriu a porta que não deveria ser aberta. O certo é que o representante da COMPANHIA

DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS deveria estar lá e não estava; certo também, que, mesmo que Aguinaldo Galdino Damasceno (Fl. 413/415), representante da autora tivesse determinado a abertura da porta esquerda do *container* de numeral MSKU 284.235-9, disse José Rodrigues que o despachante não é seu chefe e nem está obrigado a obedecê-lo; certo ainda, que Werleyano Indio do Cariri Filho (fL.420/421) funcionário da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO diz que ficou até o final da operação, mas se contradiz quando afirma que não advertiu seu subalterno para não abrir a porta porque não estava mais presente no momento da abertura da mesma; que administrava três *containeres* ao mesmo tempo; incontestável é o que diz o fiscal da receita federal em termo de ocorrência de fl.47 que observou a dificuldade dos operadores em fecharem manualmente a porta do *conteiner* e que a responsabilidade de abertura dos *containers* era do depositário, no caso a COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS.

A verdade, é que a carga chegou ao Porto do Pecém em perfeito estado de conservação. Foi retirada do *conteiner* sem ser avariada. Já nas dependências da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ – CEARÁPORTOS, que é responsável pela guarda e conservação das mercadorias que ali chegam, aconteceu a falha cometida pela apelante. Na condição de titular de instalação portuária de uso privativo, deve responder pelos fatos ali ocorridos.

Restou incontroversa, portanto a culpa da apelante. Estreme de dúvidas o dever dela, de indenizar pelos prejuízos materiais decorrentes do seu próprio erro.

TERCEIRA APELAÇÃO–CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS.

A denunciada CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS apresentou seu apelo às fls. 595/608, alegando que a decisão de primeiro grau partiu de uma premissa equivocada ao reconhecer a responsabilidade da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO no evento descrito na petição inaugural. Diz que seu dispositivo não discriminou as obrigações das empresas denunciante e denunciadas, especialmente no que diz respeito à lide secundária. A condenação abrangente suscita dúvidas a respeito da real extensão da responsabilidade do segurado (TERMACO) pelo evento, impossibilitando, dessa forma, eventual pagamento da indenização securitária. Defendeu que os juros de mora não podem incidir da data do fato danoso, mas sim a partir da citação, a qual, deve ser reformada, ainda no tocante aos honorários advocatícios, a fim de declará-la isenta, uma vez que não houve resistência de sua parte, quanto à denunciação à lide.

Vale dizer que em tese, a apelante é interessada em isentar a TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO de qualquer responsabilidade.

Observa-se que o limite máximo da indenização em razão do seguro contratado é de R$ 1.100.000,00 (hum milhão e cem mil reais), conforme fl. 268. O valor da condenação foi de R$ 135.405,84 (cento e trinta e cinco mil quatrocentos e cinco reais e oitenta e quatro centavos) de forma solidária entre as rés. Tendo em vista a culpa da TERMACO TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – restado comprovada e a discrepância dos valores descritos acima, no caso de alguma divergência em relação à indenização contratada, será o caso de ação própria entre a seguradora e o segurado. Porque em casos tais, de cobrança regressiva por força da sub-rogação, basta a prova de que a Seguradora arcou com os prejuízos em razão da força vinculativa contratual com o segurado

No que se refere ao valor de franquia de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), aduzido pela promovida/apelante CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS, descabe tal questionamento nesta seara, uma vez que trata-se de relação entre as promovidas CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS e TERMACO - TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA.

Dos honorários advocatícios da sucumbência e da data inicial para os juros moratórios.

Razão assiste a recorrente no ponto**.**

Yussef Said Cahali ensina que:

> "(...) enquanto os honorários advocatícios da sucumbência (na lide principal) pagos pelo réu vencido compõem o montante do prejuízo por este sofrido, e passível de reembolso por via de regresso, os honorários advocatícios da lide secundária decorrem da sucumbência na denunciação da lide, instaurada entre réu e denunciado".
> (*in* Honorários advocatícios, 3ª ed., São Paulo: RT, 1997, p. 321/337)".

A propósito, é a jurisprudência do STJ:

> "PROCESSO CIVIL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO – HONORÁRIOS – DENUNCIAÇÃO DA LIDE – DESCABIMENTO – AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA DENUNCIADA – RECURSO PROVIDO – Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide, em relação à ré denunciante".
> (STJ, REsp nº 530.744/RO, rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Lado outro, no que pertine ao marco inicial para a incidência dos juros remuneratórios, assim, tem se manifestado nossos tribunais:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. RELAÇÃO **CONTRATUAL**. **JUROS**

> **MORATÓRIOS** TERMO INICIAL. CITAÇÃO. Há **responsabilidade contratual** nos casos em que o dever jurídico violado tenha origem em contrato ou negócio jurídico firmado pelo indivíduo. Tratando-se de **responsabilidade contratual**, os **juros moratórios** incidirão a partir da citação (artigo 219 do CPC e artigo 405 do Código Civil), e a correção monetária pertinente ao valor dos danos morais, a partir de sua fixação. Agravo regimental provido para, reconsiderando decisão anterior, conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento.
> (AgRg no REsp 1229864/MG, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 01/06/2011).

Merece, portanto, reforma a sentença hostilizada, no sentido de que, a incidência dos juros moratórios tenha por início a data da citação, isentando, ademais, as seguradoras CHUBB DO BRASIL CIA. DE SEGUROS e IRB – BRASIL RESSEGUROS do pagamento dos honorários advocatícios, uma vez que não se opuseram à denunciação da lide.

No mais, tem-se que, para que a responsabilidade reste caracterizada, bem como o dever de indenizar, devem ser observados como pressupostos básicos elementos fundamentais, quais sejam, a culpa, nos casos que assim o exige a lei, de forma que só o fato lesivo intencional ou imputável ao agente por omissão de dever autoriza a reparação; o dano, com lesão provocada ao patrimônio ou à honra da vítima, e o nexo de causalidade entre o dano e o efetivo comportamento censurável do agente.

O dever de indenizar decorre do preceito insculpido no art. 5º da Carta Magna bem como nos dizeres dos artigos 186 e 927 do Código Civil, *in verbis*:

> "Art. 5º: (…)
> X- são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".
>
> Art. 186 – Aquele, que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito
>
> Art. 927- Aquele, que, por ato ilícito causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo".

Corolário lógico e necessário da prática do ato ilícito é, portanto, o dever de reparar o dano causado.

Lado outro, o nexo de causalidade decorre da simples constatação de que, se não tivesse havido a conduta antijurídica das rés, não teria ocorrido a ofensa ao patrimônio da autora, e, consequentemente, o dano.

Com efeito, forçoso o reconhecimento do ato ilícito da lesão e do nexo causal entre as partes, resultante no dever dos recorrentes de reparar os danos experimentados pela autora.

As provas produzida pela autora são aptas a concluir pela responsabilidade das rés, derivadas de culpa consistente na negligência de cuidar de carga em condições sabidamente complicada, inclusive com adesivo de alerta.

Não se afastando as hipóteses em que a própria lei civil estabelece a obrigação de reparar o dano independentemente de culpa, e ainda, de decorrentes do exercício de atividade que por sua natureza geram risco para os direitos de outrem.

Em termos processuais, caberia às rés provar que procederam regularmente e justificadamente nos termos do art. 333, inciso II, do Código de Processo Civil, haja vista que este dispositivo determina que o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato modificativo ou extintivo do direito da autora.

Ex positis, NÃO CONHEÇO do recurso de apelação da TERMINAIS MARÍTIMOS DE CONTAINERS E SERVIÇOS ACESSÓRIOS LTDA – TERMACO por intempestivo; Conheço do recurso de apelação da COMPANHIA DE INTEGRAÇÃO PORTUÁRIA DO CEARÁ - CEARÁPORTOS para negar-lhe provimento; Conheço do recurso de apelação da CHUBB DO BRASIL COMPANHIA DE SEGUROS para DAR-LHE parcial provimento, no sentido de reformar a sentença de primeiro grau, para alterar o termo inicial de incidência dos juros moratórios, fixando-os a partir da citação, bem como excluí-las dos honorários advocatícios, uma vez que não se opuseram à denunciação da lide.

No mais, mantenho a sentença atacada.

É como voto.

Fortaleza/CE, 22 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 2000.0107.4434-8/1 (409434-69.2000.8.06.0001/1)
APELANTES: MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA E ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA
APELADO: JOYCE MARIA DE ALENCAR ARARIPE BASTOS
RELATOR: DES. FRANCISCO DE ASSIS FILGUEIRA MENDES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VÍCIO EM PRODUTO LEVADO AO CONSUMIDOR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. NÃO CARACTERIZADA. ALEGATIVA DE CERCEAMENTO DE DEFESA FACE AO INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA. PRINCÍPIO DA LIVRE CONVICÇÃO MOTIVADA. ART. 131 DO CPC. RESPONSABILIDADE OBJETIVA E SOLIDÁRIA DO FORNECEDOR E DO COMERCIANTE QUANTO AO RESSARCIMENTO DOS DANOS. ART. 18 DA LEI CONSUMERISTA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. REDUÇÃO. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. *QUANTUM* EXCESSIVO. REDUÇÃO.

- O não acolhimento das teses contidas na contestação não implica em ausência de fundamentação, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O julgador não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento motivado, nos termos do art. 131 do Estatuto Processual Civil.
- Não configura cerceamento de defesa o indeferimento da produção de provas consideradas prescindíveis pelo julgador ante a presença nos autos de elementos capazes de propiciar o deslinde da lide.
- Não há qualquer traço distintivo entre o fornecedor e o comerciante do produto, haja vista que o artigo 18, em consonância com os artigos 12 e 13 da Lei Consumerista, imputam a responsabilização pelos danos suportados pelo consumidor em decorrência de serviço defeituoso ao fornecedor do serviço e às suas espécies;
- Assim, a participação na responsabilidade por defeitos dos agentes acima especificados ocorrerá de forma solidária, tal qual ocorre com os agentes fabricantes elencados nos artigos 12 e 13 do Código de Defesa do Consumidor;

- O critério adotado para a apuração da responsabilidade civil dos fornecedores de serviços e de suas espécies é o objetivo, fazendo-se necessária a prova do nexo de causalidade existente entre o serviço prestado e o dano suportado pelo consumidor, que deverá comprová-lo, a fim de que possa ser ressarcido pelo prejuízos suportados.
- Levando em consideração os critérios acima estabelecidos, especialmente o caráter punitivo/inibitório que o valor arbitrado deve exercer sobre os causadores do dano moral, bem como sua situação econômica de grande porte, entendo que o montante, para que seja suficiente em inibir futuras condutas semelhantes por parte dos apelantes, deve ser considerável, no entanto, importante salientar que não pode haver enriquecimento ilícito ou sem causa de qualquer parte, razão pela qual a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), fixada pelo magistrado *a quo*, qualifica-se como exagerada.
- Para que seja evitado o enriquecimento ilícito, sem que se deixe de compensar o lesado, de forma razoável e proporcional, entendo que a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) constitui valor adequado ao presente caso, levando-se em conta a moderação e a prudência do julgador, segundo o critério de razoabilidade, em observância, ainda, às situações das partes.
- *Mutatis mutandis*: "A aquisição de lata de leite condensado contendo inseto em seu interior, vindo o seu conteúdo a ser parcialmente ingerido pelo consumidor, é fato capaz de provocar dano moral indenizável". (REsp 1239060/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 10/05/2011, DJe 18/05/2011). No retrotranscrito precedente, a em. Ministra NANCY ANDRIGHI ressaltou, ainda, que a indenização de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) não poderia ser qualificada de exorbitante.
- *Decisum* reformado para reduzir o montante excessivo arbitrado no decreto judicial hostilizado.
RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da apelação cível n° 2000.0107.4434-8/1, em que são partes as acima mencionadas.

ACORDA A TURMA JULGADORA DA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade, em CONHECER e DAR PARCIALMENTE PROVIMENTO ao recurso, no sentido de reduzir o valor da condenação por danos morais, a serem pagos solidariamente pelos recorrentes, no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), de forma a não ensejar enriquecimento sem causa a qualquer das partes, atentando-se a correção monetária e os juros de mora desse valor ao exposto, respectivamente, nas súmulas 362 e 54 do STJ, devendo ser considerada para tais fins a Taxa SELIC, restando, no mais, mantida a sentença. Condenando-se, ainda, os recorrentes ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono do promovente/apelado, no valor de 15% (quinze por cento) do total da condenação, custas processuais e demais consectários legais, nos termos do art. 20, § 3º, do Estatuto Processual, tudo nos termos do voto do Relator, que integra esta decisão.

Fortaleza, 11 de setembro de 2013.

RELATÓRIO

Cogita-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. E ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. em face de JOYCE MARIA DE ALENCAR ARARIPE BASTOS, com viso a reformar sentença proferida pelo JUÍZO DA 3ª CÍVEL DA CAPITAL, que, em sede de AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS, que julgou procedente o pleito autoral, condenando os promovidos de forma solidária ao pagamento de uma indenização por danos morais no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além de correção monetária pelo INPC desde o momento do ato ilícito, qual seja, 22 de janeiro 2000, além da incidência de juros de 1% (hum por cento) ao mês a contar daquela data, tudo a ser calculado em sede de liquidação de sentença. Deferiu, ainda, o pedido de antecipação de tutela, diante da procedência da ação, para imediato cumprimento, conforme art. 273 do Código de Processo Civil, estipulando, em caso de descumprimento, multa cominatória de R$ 1.000,00 (hum mil reais).

PETIÇÃO INICIAL (fls. 02/07): A autora ora apelada ajuizou a supramencionada ação, objetivando ressarcimento, a título de dano moral, em razão de suposto constrangimento por ela suportado na rede de *fast-food* Mc Donald´s situada na Rua Osvaldo Cruz c/ Avenida Beira Mar, no dia 21 de janeiro de 2000.

Na ocasião, conforme descrito na exordial, a demandante efetuou pedido de um sanduíche *cheeseburger*, e quando passou a ingeri-lo comentou com outras pessoas que encontravam-se na mesa com ela que sentia cheiro de barata, e que depois de haver consumido parte do alimento, percebeu que dentro deste havia "pernas" e "asas" de barata, e que igualmente as havia ingerido junto com o sanduíche.

Relatou que prontamente se dirigiu ao balcão do estabelecimento, quando foi atendida por uma funcionária que se prontificou a trocar o sanduíche, não tendo

aceitado a permuta, e que nos instantes seguintes veio a "provocar" no estabelecimento em função das náuseas que sentia.

Asseverou, em sequência, que nenhum funcionário da lanchonete lhe prestou qualquer tipo de assistência, e que retirou-se do restaurante em direção ao hospital São Mateus, com fortes crises de vômito, que perduraram até que fosse devidamente medicada.

Por fim, avultou que sua filha, que à época do ocorrido tinha 06 (seis) anos de idade, presenciou tudo e que inclusive entrou em estado de desespero.

Por derradeiro, pleiteou indenização a título de dano moral no valor de R$ 408.000,00 (quatrocentos e oito mil reais), uma vez demonstrado o dano por ela suportado, ocasionado pela conduta do demandado, ora apelante, o que vem a configurar o nexo de causalidade.

Às fls. 08/10 constam fotografias do sanduíche, e às fls. 11/12 laudo médico descritivo do quadro clínico da promovida realizado logo após a ingestão do alimento.

CONTESTAÇÃO (fls. 57/77): Em sua peça contestatória, a MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. classificou o comportamento da demandante como inusitado, ressaltando que a parte autora não demonstrou, no momento do fato, reações naturais de um consumidor que se vê diante de inusitada situação. Aduziu que, em momento algum, a mesma levou a questão ao conhecimento da Vigilância Sanitária, e tampouco permitiu que o gerente da loja franqueada verificasse o dito elemento estranho, de modo a poder tomar as providências cabíveis. Ao mais, defendeu o subjetivismo na aferição do cheiro de barata, e salientou que a autora dá indícios de que quer se aproveitar da situação para obter vantagem. Por fim, asseverou que o processo de fabricação dos produtos da marca Mc Donald´s passa por um rigoroso processo de higienização.

Finalmente, avultou que as provas trazidas aos autos não se entremostram suficientes para fins de sua responsabilização, por inexistir conduta ilícita, dano e por consequência nexo de causalidade, requisitos necessários para configuração da responsabilidade subjetiva, e, ao final, a excessividade no *quantum* pleiteado.

CONTESTAÇÃO (fls. 79/87): Já a empresa ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., em sua peça de defesa, argüiu, em caráter preliminar, a inépcia da inicial em face da inexistência de correlação entre os fatos narrados e o pedido final, nos termos do art. 295, I, e parágrafo único, II, do Código de Processo Civil. Suscitou a elasticidade do lapso temporal entre a ocorrência do dano e a lavratura do Boletim de Ocorrência, bem como o caráter extorsivo de uma suposta proposta feita pelo advogado da demandante ao gerente da franquia. Ao mais, reiterou o mesmo teor de argumentação esposado pelo outro litisconsorte.

RÉPLICA (fls. 176/179): Na réplica, a parte autoral rechaçou todos os pontos constantes nas peças de defesa, sob a alegar de que os demandados tentam se esquivar de suas responsabilidades lançando alegações ao vento, sem qualquer comprovação e que o odor do corpo estranho presente no alimento era perceptível.

Às fls. 238 consta decisório da lavra do douto jurisdicente de origem, em que delibera pela não realização de prova pericial, por entender prescindível, em face dos documentos que instruem a peça inicial.

À fl. 248, a empresa demanda MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. informou a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO (Proc. n.º 2005.0022.5986-0), ora já arquivado.

TERMO DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO (fls. 262/263).

À fl. 291, a empresa demanda MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. informou a interposição do AGRAVO DE INSTRUMENTO (Proc. n.º 2005.0025.0102-5), ora já julgado.

MEMORIAIS: Repousam às fls. 306/320 e 321/325 alegações finais colacionados pelos demandados, em que ratificam todo o esposado nas peças de defesa apresentadas.

SENTENÇA (fls. 336/343): Ao sentenciar, o juiz singular houve por bem julgar parcialmente o pleito autoral, nos termos relatados no preâmbulo.

Inconformados, interpuseram os sucumbentes, MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., o recurso de apelação *sub examine*, respectivamente, às fls. 345/369 e 373/389, em que rogam a reforma da decisão meritória, remetendo aos mesmos tópicos aduzidos nas contestações anteriormente apresentadas.

DECISÃO (fl. 372): Os apelatórios foram recebidos em seus regulares efeitos, com exceção no que diz respeito a tutela antecipada.

Às fls. 438/446 dormitam as contrarrazões do apelo, cujos argumentos seguem a mesma linha desenvolvida nas peças anteriormente apresentadas. Rogou pela mantença do decreto judicial vergastado em todos os seus termos.

Às fls. 449/450 consta decisório, em que o magistrado primário deliberou pela cassação da antecipação dos efeitos da tutela concedida anteriormente.

DECISÃO (fls. 516/521: Decisão colegiada que houve por bem reconhecer a prevenção desta relatoria para processar e julgar a presente insurgência recursal.

Revistos na forma do art. 34, do Regimento Interno deste Tribunal.

É o relatório

VOTO

Por força do art. 560, do CPC, impõe-se a análise, além dos pressupostos de admissibilidade do recurso de apelação, das questões prévias ao mérito da demanda, suscitadas (ou não) de ofício por este Relator, enquanto matérias de ordem pública.

Inicialmente, CONHEÇO dos 02 (dois) RECURSOS DE APELAÇÃO interpostos pela MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., respectivamente, às fls. 345/369 e 373/389,

por observar presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade (cabimento, legitimidade recursal, interesse recursal, tempestividade, regularidade formal, inexistência de fato impeditivo ou extintivo do poder de recorrer).

Dito isso, analiso, às primeiras, as preliminares constantes nas peças recursais.

No que tange à alegação de ausência de fundamentação, impõe destacar que a sentença foi devidamente motivada, respeitando a exigência contida no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988.

A respeito, importante transcrever os seguintes trechos do comando ora combatido:

> Ora, analisando a documentação e a exposição das testemunhas, esse magistrado percebe a existência de um ato ilícito provocado por uma conduta negligente dos promovidos que não tiveram a diligência necessária e imprescindível para manter em boas condições alimentos destinados ao consumo humano.
> Desse ato, observa-se a construção de um nexo causal que culmina com um abalo à imagem da autora que, como qualquer pessoa na situação, apresenta-se em um estado de extrema repugnância e nojo. Afinal, é inconteste que a barata é um inseto repulsivo, capaz de provocar uma série de enfermidades e, entre elas, a hepatite, doença gravíssima.

Portanto, o não acolhimento das teses conditas na contestação não implica em ausência de fundamentação, pois ao julgador cabe apreciar a questão conforme o que ele entender relevante à lide. O julgador não está obrigado a julgar a questão posta a seu exame nos termos pleiteados pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento motivado, nos termos do art. 131 do Estatuto Processual Civil.

Não há de prosperar também a alegação de cerceamento de defesa, uma vez que está contido no âmbito de discricionariedade do juiz o deferimento de provas de qualquer natureza, que somente se revelarão necessárias na medida em que nos autos não constem elementos capazes de propiciar o deslinde da lide, sempre analisado sob a ótica do julgador, em atenção, como dito, ao *princípio do livre convencimento motivado do julgador*, a teor do que dispõe o art. 131 da Lei Adjetiva Civil.

Nesse sentido, o seguinte precedente do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (com destaques):

> AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO POR QUANTIA CERTA. CONTRATO DE MÚTUO. AUSÊNCIA DE PROVA HÁBIL DE QUE O NEGÓCIO FOI MERAMENTE SIMULADO. PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. PEDIDO DE ADIAMENTO DE AUDIÊNCIA INDEFERIDO. ARTIGO 565 DO CPC. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA.
> [...]

> 2. **No sistema de persuasão racional, ou livre convencimento motivado, adotado pelo Código de Processo Civil, o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção, não cabe compeli-lo a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, o que ocorreu no presente caso**.
> [...]
> 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1341770/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 01/07/2011).

No concernente à inépcia da petição inicial, também merece ser repelida. Importante ressaltar que incumbe ao autor da demanda individualizar na peça vestibular os fatos e fundamentos jurídicos que pretende exercitar em desfavor do réu, em materialização *ao princípio da substanciação*, nos termos do art. 282, III, do Código de Processo Civil.

Assim, tratando-se de ação de indenização por dano moral, é imprescindível a exposição, na petição inicial, da situação da apelada que justifique a referida demanda. Com efeito, analisando detidamente os autos, infere-se que a causa de pedir (fatos e fundamentos jurídicos) está devidamente exposta na inicial, qual seja, o suposto ato de negligência das empresas apelantes em fornecer à parte apelada um sanduíche impróprio para o consumo, conforme abordado pelo laudo do Laboratório Central de Saúde Pública. Com efeito, a conclusão da peça vestibular – consubstanciada no pedido de indenização pode dano moral – guarda perfeita correção lógica com a narração fática.

De sorte que, rechaçadas ambas as preliminares, debruço-me doravante sobre a questão de fundo da ação.

A presente irresignação tem por escopo ver reformada a sentença do juízo da 3ª Vara Cível da Capital, que, em sede de ação de indenização por danos morais, houve por bem condenar os recorrentes de forma solidária ao pagamento de uma indenização por danos morais no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), além de correção monetária pelo INPC desde o momento do ato ilícito, qual seja, 22 de janeiro 2000, além da incidência de juros de 1% (hum por cento) ao mês a contar daquela data, tudo a ser calculado em sede de liquidação de sentença.

Desse modo, a controvérsia instalada nos autos consiste em aferir a existência de responsabilidade, ou não, dos apelantes.

Convém assentar que a Lei nº 8.078/90, popularmente denominado Código de Defesa do Consumidor, alberga em seu art. 12, *caput*, a figura do fornecedor, definido como aquele que eventualmente venha a participar do ciclo produtivo-distributivo do produto, noutro dizer, aqueles que participam das atividades descritas no art. 3º do mesmo Diploma Legal, o qual dispõe:

> Art. 3° Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada,

> nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.
> § 1° Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.
> § 2° Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Descendo à realidade dos autos, verifico que a apelante MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. aduz, em suas razões recursais, que o juízo de origem equivocou-se quando a condenou solidariamente ao pagamento dos valores a título de dano moral, uma vez que restou comprovada a inteira responsabilidade da ora co-apelante no dano suportado pela recorrida.

Há de se salientar que o critério adotado para a apuração da responsabilidade civil dos fornecedores de produtos e de suas espécies é o objetivo, fazendo-se necessária a prova do nexo de causalidade existente entre a conduta dos agentes e o dano suportado pelo consumidor, que deverá comprová-lo, a fim de que possa ser ressarcido pelo prejuízos suportados.

Com efeito, na atual sistemática, tem que respondem pelo vício no produto todos os partícipes da relação de consumo, desde o fabricante até o comerciante, uma vez que todos devem zelar pela segurança e qualidade dos produtos disponibilizados para consumo.

Nesse diapasão, colaciono entendimento do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *mutatis mutandis* (com destaques):

> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PROCESSUAL CIVIL. ADMISSIBILIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA Nº 211/STJ. **VÍCIO DO PRODUTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DA CONCESSIONÁRIA**. PRECEDENTES.
> [...]
> 3. **Segundo a jurisprudência desta Corte, a responsabilidade do fabricante e da concessionária por vício do produto é solidária, de modo que o consumidor pode acionar qualquer um dos coobrigados**.
> 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 863.919/MT, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 11/12/2012).

> CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. COMPRA DE VEÍCULO NOVO COM DEFEITO. INCIDÊNCIA DO ART. 18 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO FABRICANTE E DO FORNECEDOR**. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE.

> 1. **Comprado veículo novo com defeito, aplica-se o art. 18 do Código de Defesa do Consumidor e não os arts. 12 e 13 do mesmo Código, na linha de precedentes desta corte. Em tal cenário, não há falar em ilegitimidade passiva do fornecedor**.
> 2. Afastada a ilegitimidade passiva e considerando que as instâncias ordinárias reconheceram a existência dos danos, é possível passar ao julgamento de mérito, estando a causa madura.
> 3. A indenização do art. 18 esgota-se na modalidade do respectivo § 1º.
> 4. Se a descrição dos fatos para justificar o pedido de danos morais está no âmbito de dissabores, sem abalo à honra e ausente situação que produza no consumidor humilhação ou sofrimento na esfera de sua dignidade, o dano moral não é pertinente.
> 5. Recurso especial conhecido e provido, em parte. (Resp nº 554876/RJ, RECURSO ESPECIAL 2003/0101941-5 Terceira Turma, Re. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 03.05.2004, p. 159)

Isto posto, no que tange à produção de bens, não há qualquer traço distintivo entre o fornecedor, no caso em tela a MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., e o comerciante do produto, aqui representado pela empresa ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., haja vista que o artigo 18, em consonância com os artigos 12 e 13 da Lei Consumerista imputam a responsabilização pelos danos suportados pelo consumidor em decorrência de serviço defeituoso ao fornecedor do serviço e às suas espécies, o qual dispõe (com destaque):

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

Importa ressaltar, ainda, que a reparação do dano previsto no artigo 18 do CDC se dará em razão de defeito detectado no produto, que se distingue do vício por se suceder a este e por se caracterizar como algo que extrapola o produto em si, extrínseco ao mesmo, causando um dano maior do que o simples mau funcionamento, o que resta necessário para a configuração do vício.

Nesse sentido, colho o melhor entendimento doutrinário, nos dizeres de Rizzato Nunes:

> "De qualquer maneira, pelo menos quanto a prestação do serviço, não haverá distinção feita para responsabilização dos agentes em caso de defeito ou vício no produto. Como visto, a reparação dos danos por defeito do produto cabe aos agentes especificados nos arts. 12 e 13, espécies do gênero fornecedor. E a responsabilidade pelo vício é do fornecedor do

> serviço (arts. 18 e 19).*"* (Nunes, Rizatto. *In* Comentários ao Código de Defesa do Consumidor, pp. 189, Saraiva, São Paulo, 2005).

Portanto, resta caracterizada a responsabilidade solidária entre os apelantes, em caso de se reconhecer o dever de indenizar.

Registro, ainda, que o julgador de origem agiu corretamente quando reconheceu a existência de dano moral a ser reparado, uma vez que, consoante documentos constantes na exordial, houve de fato perturbação de ordem psíquica suportada pela ora recorrida, em razão do corpo estranho ingerido, o que veio a lhe causar uma série de enfermos, de acordo com o laudo médico repousante nos fólios.

Nessa esteira, pronunciou-se a Segunda Câmara Recursal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, através do ementário jurisprudencial que segue:

> CONSUMIDOR. RESPONSABILIDADE CIVIL. **MOFO E LARVAS NO INTERIOR DE ESFIRRAS**. INGESTÃO PARCIAL DE ALIMENTOS PELO CONSUMIDOR. **CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE**. **DANO MORAL CARACTERIZADO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DEVER DE INDENIZAR**. MONTANTE CONDENATÓRIO ADEQUADO. IDÊNTICO AO PARÂMETRO JÁ ADOTADO POR ESTA TURMA. Recurso improvido. Sentença confirmada pelos próprios fundamentos. (TJRS, Recurso Cível nº 71001584432, Segunda Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Maria José Schmitt Santanna, julgado em 28/05/2008).

Há de se considerar, *in casu*, a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contraminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças.

Analisando detidamente os autos, observo, ainda, que houve contato direto com o inseto, o qual aumenta a sensação de mal-estar.

Demais disso, é indiscutível que a sensação se protrai no tempo, causando um desconforto durante logo período, fazendo com que a parte lembre-se sempre que se alimente, interferindo, assim, profundamente no cotidiano da pessoa.

Desse modo, comprovada a ingestão do produto, conclui-se pela existência do dano moral e o consequente dever de indenizar.

Verificada a presença do dano moral, o próximo passo é buscar os critérios para aferição e quantificação do valor indenizatório, que, embora tenha contornos objetivos gerais estabelecidos na lei, jurisprudência e doutrina, inevitavelmente possui uma pequena parcela subjetiva, que deve ser valorada com muita cautela pelo magistrado.

Sobre os danos morais, disserta o ilustre doutrinador Carlos Roberto Gonçalves, em sua obra "Responsabilidade Civil", 12ª Edição, 2010, editora Saraiva, pág. 665:

> Tem prevalecido, no entanto, o entendimento de que a reparação pecuniária do dano moral tem duplo caráter: **compensatório para a vítima e punitivo para o ofensor**. Ao mesmo tempo que serve de lenitivo, de consolo, de uma espécie de compensação para atenuação do sofrimento havido, atua como sanção ao lesante, como fator de desestímulo, a fim de que não volte a praticar atos lesivos à personalidade de outrem. (GRIFOS NOSSOS)

Pág. 675/676:

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

É ponto pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que para fixação do valor do dano moral, deve o julgador apegar-se ao conteúdo probatório, bem como à realidade fática dos fatos ensejadores do ressarcimento, e não unicamente na condição econômica do réu, arbitrando-os de modo razoável, a fim de que não propicie ao autor captação de vantagem indevida.

O entendimento esposado retro é reforçado pela nossa Corte Infraconstitucional:

> RESPONSABILIDADE CIVIL. ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. INSCRIÇÃO SEM COMUNICAÇÃO PRÉVIA. ART. 43, § 2º, DO CDC. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. DISSÍDIO PRETORIANO. *QUANTUM* INDENIZATÓRIO EXCESSIVO. REDUÇÃO.
> A inobservância da norma inserta no art. 43, § 2º, do CDC por parte da entidade responsável pela manutenção de cadastro de inadimplentes enseja danos morais ao consumidor que tem o nome inscrito em tal circunstância. Precedentes do STJ. "O valor da indenização por dano moral não pode escapar ao controle do Superior Tribunal de Justiça" (REsp n. 53.321/RJ, Min. Nilson Naves). Redução da condenação a patamares razoáveis, considerando as peculiaridades da espécie. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, provido. (Resp nº 868643/RS, Quarta Turma, Re. Min. Cesar Asfor Rocha, DJ 14.05.2007, p. 326)

Levando em consideração os critérios acima estabelecidos, especialmente o caráter punitivo/inibitório que o valor arbitrado deve exercer sobre os causadores do dano moral, bem como sua situação econômica de grande porte, entendo que o montante, para que seja suficiente em inibir futuras condutas semelhantes por parte dos apelantes, deve ser considerável, no entanto, importante salientar que não pode haver enriquecimento ilícito ou sem causa de qualquer parte, razão pela qual a quantia de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais), fixada pelo magistrado *a quo*, qualifica-se como

exagerada.

Para que seja evitado o enriquecimento ilícito, sem que se deixe de compensar o lesado, de forma razoável e proporcional, entendo que a quantia de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) constitui valor adequado ao presente caso, levando-se em conta a moderação e a prudência do julgador, segundo o critério de razoabilidade, em observância, ainda, às situações das partes.

Menciono, a respeito, os seguintes trechos do julgamento do REsp. n.º 1.239.060/RS, no qual a em. Ministra NANCY ANDRIGHI ressalta que a indenização de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) é se qualifica como exorbitante (com destaques):

> Quanto ao pedido de redução da indenização, saliento, antes de mais nada, que o acórdão alçado a paradigma, apelação 70002240265, do TJ/RS, foi prolatado em 04.10.2001, portanto há quase 10 anos, sendo evidente a defasagem do *quantum* fixado.
> Por outro lado, não me parece que a indenização de R$15.000,00 fixada pelo TJ/MG possa ser qualificada de exorbitante.
> Há de se considerar, em situações como a dos autos, a sensação de náusea, asco e repugnância que acomete aquele que descobre ter ingerido alimento contaminado por um inseto morto, sobretudo uma barata, artrópode notadamente sujo, que vive nos esgotos e traz consigo o risco de inúmeras doenças.

Resta, ainda, elucidar qual a taxa de juros a adotar. De acordo com o art. 406 do CC os juros moratórios legais "*serão fixados segundo a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda"*, e tal taxa é a SELIC. Precedentes do STJ: REsp nº. 1.102.552/CE, rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, j. 25/03/2009, DJe 06/04/2009 (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC); REsp nº. 1.111.117/PR, rel. Min. Luis Felipe Salomão, rel. p/ Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, Corte Especial, j. 02/06/2010, DJe 02/09/2010; REsp nº. 1.136.430/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 28/09/2010, DJe 15/10/2010; REsp nº. 1.401.515/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10/04/2012, DJe 16/04/2012.

Impende ressaltar, todavia, que impossível cumular qualquer índice com a taxa SELIC quando aplicada aos juros moratórios, sob pena de configuração de *bis in idem*. Na mencionada taxa já se encontra embutido o fator de variação da moeda, de modo que não comporta cumulação com outros indexadores. Precedentes do STJ: REsp nº. 1.112.746/DF, rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, j. 12/08/2009, DJe 31/08/2009 (Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC); Embargos de Divergência no REsp nº. 826.809/RS, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, j. 10/08/2011, DJe 17/08/2011; REsp nº. 933.067/MG, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, j. 07/12/2010, DJe 17/12/2010; AgRg nos EDcl no AI nº. 1.401.515/PR, rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, j. 10/04/2012, DJe 16/04/2012; REsp nº. 1.109.559/PR, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 02/08/2011, DJe

09/08/2011.

No mérito, considerando a complexidade do caso concreto, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos recursos de apelação interpostos pela MC DONALD´S COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e pela empresa ARAGÃO COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA., para tão somente reduzir o valor da condenação por danos morais, a serem pagos solidariamente pelos recorrentes, no importe de R$ 15.000,00 (quinze mil reais), de forma a não ensejar enriquecimento sem causa a qualquer das partes, atentando-se a correção monetária e os juros de mora desse valor ao exposto, respectivamente, nas súmulas 362 e 54 do STJ, devendo ser considerada para tais fins a Taxa SELIC, restando, no mais, mantida a sentença ora combatida.

Condeno, outrossim, os recorrentes ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da parte promovente/apelada, no valor de 15% (cinco por cento) do total da condenação, custas processuais e demais consectários legais, nos termos do art. 20, § 3º, do Estatuto Processual, tudo nos termos do voto deste Relator, que integra esta decisão.

É COMO VOTO.

Fortaleza-CE, 11 de setembro de 2013.

Nº PROCESSO: 0022116-14.2007.8.06.0001
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 9ª Vara Cível de Fortaleza
APELANTE: UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico Ltda
APELADO: Rodolfo Borsaro Bueno Jorge e Outros
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ORDINÁRIA. COOPERATIVA. INCLUSÃO DE MÉDICOS NO QUADRO DE ASSOCIADOS DA UNIMED FORTALEZA. EXIGÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTAS PARTES EM NÚMERO MAIOR AO MÍNIMO EXIGIDO NO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE MATRÍCULA. PREVISÃO NO ART. 7º, INCISO VII DO ESTATUTO. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. VIA INADEQUADA.

1. Os profissionais Apelados provaram o atendimento de todos os requisitos técnicos previstos no estatuto da cooperativa.
2. Hipótese de incidência objetiva da regra que preleciona cooperados. Princípio da távola redonda e das portas abertas.
3. Nos termos do art. 7º do Estatuto da Cooperativa, a subscrição e a integralização das quotas partes deve ser feita na forma do Estatuto, o qual prevê o mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital.
4. Quanto à taxa de matrícula, há autorização expressa para a sua cobrança na parte final do inciso VII do art. 7º do Estatuto da Apelante, devendo ser modificada a sentença nesta parte. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0022116-14.2007.8.06.0001, em que figuram, como Apelante UNIMED de Fortaleza – Cooperativa de Trabalho Médico LTDA e, como Apelados RODOLFO BORSARO BUENO JORGE e OUTROS, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível interposta por Unimed de Fortaleza

– Cooperativa de Trabalho Médico Ltda. contra Rodolfo Borsaro Bueno Jorge e Outros, com o objetivo de reformar a r. sentença prolatada, que julgou procedente em parte o pedido dos autores, objeto da Ação Ordinária c/c Tutela Antecipada. Na exordial de fls. 06/18, eles pleiteiam ser cooperados da requerida, uma vez que possuem os requisitos necessários para tanto.

Na sentença de fls. 279/282, o juízo julgou parcialmente procedente a ação, com o fundamento de que a exigência apresentada por uma Resolução do Conselho da requerida não se sobrepõe ao estabelecido em seus Estatutos, assegurando-se aos postulantes o direito de se associar à promovida. Quanto à pretensão dos autores de receber indenização, julgou improcedente por entender que não houve nenhum dano, não tendo a requerida agido de má-fé.

Concedida a antecipação de tutela às fls. 295/296.

Irresignado com a decisão, a demandada interpôs recurso de apelação às fls. 297/311, alegando que, além de todas as exigências previstas no seu Estatuto Social e no Regimento Interno, é necessária a subscrição de no mínimo 10 (dez) cotas partes, não havendo nenhuma irregularidade nessa cobrança. Ademais, aduz que é fundamental também o pagamento de taxa de matrícula, já que todos os outros filiados assim o fazem, sob pena de ferir o princípio da isonomia, descabendo ainda a necessidade de concessão de tutela antecipada.

Contrarrazões às fls. 319/337.

Agravo retido da requerida às fls. 339/344.

Contrarrazões ao agravo retido às fls. 345/350.

Mantida a sentença agravada às fls. 351.

Redistribuição dos autos pela Portaria nº 154/2011 às fls. 363.

É o breve relatório.

Fortaleza, 15 de outubro de 2012.

VOTO

Antes de qualquer iniciativa, não conheço do Agravo Retido interposto pela Apelante contra a decisão que recebeu a Apelação apenas no efeito devolutivo, por ser a via inadequada.

Neste sentido, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região já se manifestou:

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO E AGRAVO RETIDO (ART. 523, §4º DO CPC). ADMINISTRATIVO. GRATIFICAÇÃO BIENAL JUDICIAL. DECRETO Nº 1.918/37. SENTENÇA CONCESSIVA DE SEGURANÇA. ARTIGO 7º DA LEI Nº 4.348/64. EFEITO SUSPENSIVO DA APELAÇÃO.
> 1 - Cabe agravo de instrumento (e não agravo retido) de decisão que recebe apelação e indica os efeitos.

> 2 - Recurso de apelação interposto contra sentença concessiva de segurança para reconhecer o direito do impetrante à percepção da gratificação bienal judicial, instituída pelo Decreto nº 1.918/37, deve ser recebido no efeito suspensivo, nos termos do art. 7º da Lei nº 4.348/64. - Precedentes do TRF/1ª Região. 4 - Agravo provido".
> (TRF1/DF. 2000.01.00.118367-0, Relator: JUIZ LUIZ GONZAGA BARBOSA MOREIRA, Data de Julgamento: 11/09/2001, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 01/10/2001 DJ p.179 – Grifo nosso)

Superada esta etapa, CONHEÇO da Apelação interposta, por estar presentes todos os requisitos de admissibilidade.

A presente controvérsia cuida em saber se a Unimed de Fortaleza - Cooperativa de Trabalho Médico Ltda., ora Recorrente, pode limitar o ingresso de novos associados, sob o argumento de que, consoante deliberado pela própria insurgente, a admissão de mais profissionais no quadro associativo é inconveniente, tendo em vista o grande número daqueles que já trabalham em determinada especialidade.

O caso em apreço deve ser examinado de acordo com os princípios que embasam o cooperativismo, notadamente o "princípio da távola redonda e o das portas abertas", segundo o qual, diferentemente do que ocorre nas demais sociedades, qualquer pessoa tem o direito de ingressar e sair da cooperativa, a seu livre arbítrio, desde que satisfaçam as condições previstas nas regras da entidade.

Com efeito, tem-se a Lei nº 5.764/71, que instituiu o regime jurídico das sociedades cooperativas, cujo *caput* do seu artigo 29 assim dispõe:

> Art. 29. O ingresso nas cooperativas é livre a todos que desejarem utilizar os serviços prestados pela sociedade, desde que adiram aos propósitos sociais e preencham as condições estabelecidas no estatuto, ressalvado o disposto no art. 4º, item I desta lei.

O artigo 4º, inciso I, acima referido assevera que:

> Art. 4º. As Cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídicas próprias, de natureza civil, não sujeitas à falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:
>
> I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços.

Por sua vez, o art. 3º do Estatuto Social da Unimed de Fortaleza determina como requisitos de admissão:

> "Art. 3º. Poderão associar-se à Cooperativa, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços, todos os médicos que, tendo livre disposição de sua pessoa e seus bens, concordem com os termos do presente Estatuto,

> preencham os requisitos legais e estatutários, e exerça, suas atividades profissionais na área fixada no art. 1º, inc. II."

Da análise dos referidos dispositivos, tem-se que a regra é a liberdade de ingresso na cooperativa de quantos assim queiram, ressalvada, entretanto, a impossibilidade técnica de prestação do serviço.

Assim, de acordo com a legislação, facilmente se percebe que quaisquer atos que venham a restringir a liberdade de associação devem ser devidamente fundamentados e comprovados com base na impossibilidade técnica do profissional para exercer os serviços propostos pela cooperativa.

No que tange à possibilidade de o Conselho de Administração da Apelante deliberar sobre a quantidade de quotas partes a serem subscritas, convém ser analisado o Estatuto da Unimed de Fortaleza, fls. 251, precisamente nos seus arts. 7º e 13, *in verbis*:

> "Art. 7º. O associado se obriga a:
>
> (...)
>
> VII - subscrever e integralizar quotas partes de capital nos termos deste estatuto e contribuir com taxas e encargos operacionais que lhe forem estabelecidos."
>
> "Art. 13. O associado obriga-se a subscrever, no mínimo, 10 (dez) quotas partes do capital e no máximo, tantas cujo valor não exceda a 1/3 (um terço) do total do capital subscrito."

Não obstante tais disposições, sustenta a Unimed que o Conselho de Administração da cooperativa reuniu-se no dia 18 de abril de 2006 estipulando, como novo requisito a ser preenchido pelo associado, a subscrição de 284 (duzentos e oitenta e quatro) quotas partes no valor total de R$ 31.793,80 (trinta e um mil, setecentos e noventa e três reais e oitenta centavos) e o pagamento de taxa de matrícula correspondente a R$ 8.000,00 (oito mil reais).

Conclui-se, pois, que o Conselho de Administração foi além de suas atribuições ao deliberar sobre o número de quotas partes a serem subscritas e integralizadas, uma vez que, nos termos do referido art. 7º, a subscrição e a integralização das quotas partes deve ser feita na forma do Estatuto, o qual prevê o mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital.

Por outro lado, quanto à taxa de matrícula, também estipulada na deliberação do Conselho de Administração, percebo que há autorização expressa para a sua cobrança na parte final do inciso VII do art. 7º do Estatuto da Apelante, uma vez que restou autorizada a instituição de taxas fora do estatuto, sem olvidar que o inciso IX do § 1º do art. 31 do Estatuto prevê como atribuição do Conselho de Administração a deliberação sobre a admissão, exclusão e eliminação dos associados.

Nesse sentido, esta Egrégia Corte já se manifestou:

> "Ementa: COOPERATIVA. UNIMED. DELIBERAÇÃO TOMADA PELO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO SOBRE O VALOR DA QUOTA-PARTE E O MÍNIMO DE QUOTAS-PARTES A SER SUBSCRITO PARA A ADMISSÃO DO ASSOCIADO. MATÉRIA AFETA AO PRÓPRIO ESTATUTO. TAXA DE MATRÍCULA. PREVISÃO NO ART. 7º, VII DO ESTATUTO. PRETENSÃO DE RESSARCIMENTO POR DANOS MORAIS. DESCABIMENTO. ASTREINTES. REDUÇÃO DO MONTANTE. POSSIBILIDADE. ART. 461, § 6º. CPC. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Trata-se de Apelação Cível interposta contra sentença proferida pelo MM Juiz de Direito da 9ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza que, nos autos da Ação Ordinária nº 2006.0013.3217-1, julgou procedente o pedido inicial para determinar a inclusão dos autores nos quadros de profissionais cooperados da apelante, condenando-a, ainda, ao pagamento de R$ 25.000,00(vinte e cinco mil reais) a cada um dos apelados a título de danos morais.
> 2. A 2ª Câmara Cível desta Corte de Justiça já firmou o entendimento de que é possível a inclusão de médico nos quadros cooperados, desde que seja atendido o requisito da prova da capacidade técnica do profissional, bem como que esse realize o pagamento do valor da quota-parte, nos moldes exigidos pela Cooperativa.
> 3. Nos termos do art. 7º do Estatuto da Cooperativa, a subscrição e a integralização das quotas partes deve ser feita na forma do Estatuto, o qual prevê o mínimo de 10 (dez) quotas partes do capital. Quanto à □taxa de matrícula, há autorização expressa para a sua cobrança na parte final do inciso VII do art. 7º do Estatuto da agravante.
> 4. Afora as demandas em que, diante das peculiaridades específicas, se presume a ocorrência de dano moral, é da parte autora o ônus de demonstrar a sua ocorrência, não bastando para tanto a existência de ato tido por danoso da ré. Ausente aquela prova, inviável deferir-se a pretensão indenizatória. No caso em apreço não vislumbro a ocorrência de prejuízo aos autores a amparar ressarcimento por dano moral, razão pela qual afasto a condenação a este título.
> 5. De acordo com o art.461, § 6º, do CPC, O valor das astreintes pode ser reduzido, inclusive de ofício, quando se mostrar exorbitante.
> 6. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO".
> (TJ/CE. Apelação 6049036200680600011. Rel. Des. ADEMAR MENDES BEZERRA. Decisão em 28/11/2011)

> "Ementa: COOPERATIVA. UNIMED. NOVOS ASSOCIADOS. EXIGÊNCIA DE INTEGRALIZAÇÃO DE QUOTAS PARTES EM NÚMERO MAIOR AO MÍNIMO EXIGIDO NO ESTATUTO. IMPOSSIBILIDADE. TAXA DE MATRÍCULA. PREVISÃO NO ART. 7º, INCISO VII DO ESTATUTO. ADEQUAÇÃO. REQUISITOS DE INGRESSO QUE DEVEM SE LIMITAR ÀQUELES AUTORIZADOS PELA LEI DO COOPERATIVISMO E PELO ESTATUTO. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE".

(TJ/CE. Agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo 522870200780600000. Rel. Des. JOÃO DE DEUS BARROS BRINGEL. Decisão em 12/11/2008)

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da Apelação interposta, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, somente no sentido de permitir a cobrança da taxa de matrícula, mantendo os demais termos da sentença vergastada.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 16 de outubro de 2012.

PROCESSO: 0002165-05.2010.8.06.0106 – APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO.
APELANTE: MUNICÍPIO DE JAGUARETAMA.
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE JAGUARETAMA.
APELADO: ERIVANILSON MOREIRA ALVES.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REINTEGRAÇÃO EM CARGO PÚBLICO. DECRETO MUNICIPALNº001/2009:INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO JUDICIAL. ACÓRDÃO. TRÂNSITO EM JULGADO. NOVO PRONUNCIAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PORTARIA Nº 026/2010: PEÇA RECURSAL. INÉPCIA. MOTIVO DETERMINANTE DO ATO ADMINISTRATIVO. INSUBSISTÊNCIA. EXONERAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APELAÇÃO NÃO CONHECIDA E REMESSA PARCIALMENTE CONHECIDA E, NO PONTO, DESPROVIDA.

1. Transitado em julgado acórdão exarado pela Justiça do Trabalho, que negou provimento ao recurso ordinário interposto pelo Município de Jaguaretama, fundado no reconhecimento da inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto nº 001/2009, o qual suspendera o ato de nomeação do apelado e de outros servidores locais, resta impossibilitado novo pronunciamento judicial da matéria pelo Tribunal de Justiça, ficando prejudicados, no ponto, o apelo e a remessa obrigatória.

2. Revela-se inepta a peça recursal cujo arrazoado não ataca os fundamentos da sentença, a impor o não conhecimento do apelo também relativamente à Portaria nº 026/2010.

3. A Reclamação Constitucional prevista no art. 102, inc. I, alínea l, da CF/1988, é via processual de finalidade restrita à preservação da competência e à garantia da autoridade das decisões do STF, pelo que o reconhecimento pelo Pretório Excelso da competência da Justiça Estadual para julgar

determinada ação trabalhista, com subsequente declaração de nulidade dos atos praticados pela Justiça Laboral, não ampara *per se* a exoneração de servidor público mediante Portaria, sem a prévia oportunidade para o exercício do contraditório e da ampla defesa, indispensável à validade do ato de desligamento funcional, sendo irrelevante o implemento ou não da estabilidade no serviço público. Precedentes do STF.
4. Apelação cível não conhecida e reexame necessário parcialmente conhecido e, no ponto, desprovido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível, por julgamento de Turma, unanimemente, em não conhecer da apelação e conhecer parcialmente do reexame necessário e, no ponto, negar-lhe provimento, tudo de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 03 de junho de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário e de apelação cível interposta pelo Município de Jaguaretama em face da sentença exarada pelo Juiz daquela Comarca, o qual julgou procedente ação ordinária para declarar a nulidade do Decreto nº 001/2009 e da Portaria nº 026/2010 e ainda determinar: **a)** a reintegração do promovente Erivanilson Moreira Alves ao cargo, com respeito ao *status quo ante*, inclusive no que tange à lotação, carga horária e remuneração; **b)** o pagamento dos vencimentos relativos a todo o período de afastamento, com correção monetária e juros de mora sob os mesmos índices da caderneta de poupança (fls. 105-112).

O recorrente aduz (fls. 117-126):

a) a realidade fática é que o então prefeito da municipalidade convocou 173 (cento e setenta e três) servidores aprovados em concurso público, compondo o quadro de pessoal em número satisfatório; todavia, após ser derrotado nas eleições locais de 2008, nomeou mais 73 (setenta e três) candidatos, incluindo classificáveis, sem a prévia criação de vaga, ignorando a real necessidade do serviço público, com ofensa ao princípio da moralidade;

b) nesse contexto, o atual gestor editou o Decreto nº 001/2009 para evitar o colapso das contas públicas e restaurar a ordem legal;

c) as nomeações despiciendas efetivadas visaram prejudicar a nova Administração, ofenderam os princípios regentes da Administração Pública e comprometeram o erário, ocasionando um aumento de despesa com pessoal de quase

R$ 390.000,00 ¸trezentos e noventa mil reais), com violação ao art. 21, *caput* e parágrafo único, da Lei de Responsabilidade Fiscal, sobretudo porque sem o correspondente acréscimo de receita;

d) os dados do Tribunal de Contas dos Municípios (TCM) são precários, pois não consideraram as contratações realizadas em novembro e dezembro de 2008, entre as quais a do apelado, circunstância mencionada pela defesa mas ignorada pelo juízo *a quo*;

e) o ato combatido atendeu aos princípios da **impessoalidade**, porquanto suspendeu, indistintamente, a nomeação de todos os empossados após o resultado do pleito eleitoral; da **legalidade**, visto que fundado na Lei de Responsabilidade Fiscal; da **motivação**, uma vez apontadas a majoração dos gastos públicos e a ausência de novas receitas para balancear o incremento daqueles;

f) ausência de perseguição política.

Em contrarrazões, o recorrido rebate (fls. 129-133):

a) inocorrência de nulidade das contratações, as quais atenderam ao interesse público, com diminuição na folha de pagamento, consoante relatório do TCM, sem ofensa à Lei nº 9.504/1997;

b) extemporaneidade da alegação de nomeação sem a correspondente existência de vaga;

c) proteção constitucional e legal ao emprego, constantes do art. 7º, I, da CF/1988 e arts. 115, incs. I e X, e 137, da Lei Orgânica do Município;

d) ofensa às garantias previstas no art. 5º, incs. I, II e LV, da Carta Federal.

Instada a se manifestar, a Procuradoria Geral de Justiça pronunciou-se pelo desprovimento da insurreição.

É o relatório.

VOTO

Respeitante ao debate que envolve o Decreto Municipal nº 001/2009, vislumbro matéria cognoscível de ofício.

A petição inicial e a sentença, esta última exarada em 13.04.2011, reportam-se ao mandado de segurança ajuizado pelo recorrido e outros servidores perante a Justiça do Trabalho, cuja ilegalidade arguida cinge-se ao ato administrativo mencionado.

Em consulta ao sítio eletrônico do Tribunal Regional do Trabalho/7ª Região, verifica-se que a Justiça Especializada, em sessão de 21.08.2012, negou provimento ao Recurso Ordinário nº 0018800-75.2009.5.07.0023 interposto pelo Município de Jaguaretama nos autos do *writ* citado, cuja parte dispositiva do voto condutor do acórdão tem o seguinte teor, *verbis*:

> Por tudo o que foi exposto, considero como ilegal e inconstitucional o ato administrativo denominado de Decreto 001/2009 e como consequência

> determino, de forma imediata, a reintegração dos Impetrantes aos cargos que ocupavam antes da medida, respeitando-se a situação anterior à dispensa, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (hum mil reais), por dia de retardamento para cada servidor, contados a partir do quinto dia útil após o recebimento do mandado de reintegração respectivo. Determino, ainda, o pagamento dos salários e de todas as verbas a que teriam direito se na ativa estivessem do período de afastamento até a efetiva reintegração.
> Dessarte, nega-se provimento ao recurso ordinário *sub oculis*, cujas razões são insubsistentes e inábeis a reformar a decisão de primeiro grau que, por seus próprios, jurídicos e bem-lançados fundamentos há de ser preservada.

Mencionado *decisum* transitou em julgado em 04.02.2013, conforme dado constante do acompanhamento processual da lide citada (http://portaldeservicos.trt7.jus.br/portalservicos/buscaProcesso/externoNovaBuscaProcessoPorNumero.jsf;jsessionid=FAF0276D93878768769A9041388A1B21.portal09; cf. consulta em 15.04.2013), constituindo matéria definitivamente decidida, a impedir no ponto que esta Corte Estadual emita novo pronunciamento.

Por conseguinte, quanto ao Decreto Municipal nº 001/2009, reputo prejudicados o apelo e o reexame necessário.

No que tange à Portaria nº 026/2010, a qual veiculou a exoneração do demandante (fls. 36-39), a peça recursal revela-se inepta, porquanto toda a argumentação fático-jurídica destina-se a sustentar a legalidade do decreto anteriormente aludido, findando inatacado o capítulo do decisório àquela pertinente, consoante se extrai da leitura contextualizada da manifestação de inconformismo.

Confiram-se alguns trechos da petição do apelo:

> […]
> Note-se a extrema gravidade dos fatos. **Não é o ato de suspensão das nomeações que deve ser anulado, mas, antes, os atos de nomeação realizados pelo ex-Prefeito.**
> […]
> Diante disso, demonstra-se de maneira inconteste que o decreto que suspendeu as nomeações perpetradas pelo Ex-Gestor Municipal encontra-se em perfeito acordo com o que rege a Lei de Responsabilidade Fiscal e por conta disso, os referidos atos devem ser declarados, como forma de justiça, nulos de pleno direito, até pelo fato que o único interesse do ex-gestor foi de prejudicar a nova administração, uma vez que os atos de nomeações provocaram um aumento efetivo de quase R$ 390.000, 00 (trezentos e noventa mil reais), quantia essa que provocaria um reajuste financeiro em todo e qualquer município do Estado do Ceará se ocorresse tal dispêndio.
> […]
> O ato atendeu plenamente os princípios da Administração Pública, senão vejamos:
> Impessoalidade – O decreto suspendeu a nomeação de TODOS os empossados após a eleição municipal, por entender que essas nomeações foram nulas de pleno direito.

> Legalidade – O ato foi baseado na Lei de responsabilidade fiscal que vedava o incremento de despesa.
> Motivação – o motivo que determinou a suspensão dos atos de nomeação, incluso no decreto Nº 001/2009, foi o efetivo aumento nos gastos com pessoal nos últimos 180 (cento e oitenta) dias na gestão do Ex-Prefeito devido ter havido nomeações sem o incremento de novas receitas para o município e a possível responsabilização do comprometimento da folha de pagamento para com o novo gestor municipal, diante disso, percebe-se que, contrariamente ao aduzido na peça vestibular, tanto houve motivo para o ato como motivo legal, conforme diferenciado pelo Mestre Celso Antônio Bandeira de Melo.
> Não foram instaurados procedimentos administrativos individuais para suspender a nomeação de cada servidor porque a razão era exatamente a mesma e todos se encontravam nela: **nomeação nula de pleno direito.**
> [...]
> É importante frisar mais uma vez que o ato ora discutido, Decreto Nº 001/2009 apenas suspendeu o ato de nomeação praticado com fortes indícios de irregularidade pelo Ex-Gestor Municipal, inclusive sendo o entendimento do novo gestor municipal, **caso haja a real necessidade de contratação de servidores, o mesmo utilizará a ordem de classificação do certame ora discutido**.
> [...]
> *Ex positis*, confia a recorrente em que esta Superior Corte de Justiça, por uma de suas Colendas Câmaras Recursais, conheça do recurso para dar provimento ao apelo, julgando improcedente a presente Ação Ordinária negando os pedidos, uma vez que não condiz com o entendimento pátrio da doutrina e jurisprudência e, por conseguinte, mantenha os efeitos do referido decreto, qual seja, de suspensão dos atos de nomeação promovidos nos últimos 180 (cento e oitenta) dias do mandato do Ex-Gestor Municipal.

Destarte, com relação ao tópico da sentença que trata da Portaria nº 026/2010 o apelo não deve ser conhecido, com suporte nas Súmulas nº 182, do Superior Tribunal de Justiça, e 283, do Supremo Tribunal Federal, *mutatis mutandis* aplicáveis à espécie[1], submetendo-se apenas ao reexame obrigatório, que ora passo à análise.

Aludida Portaria exonerou, em 23.08.2010, o apelado e outros agentes que discrimina, apresentando como motivação o teor do multifalado Decreto nº 001/2009, a decisão de 1º grau proferida na Justiça do Trabalho já mencionada, assim como o resultado procedente da Reclamação nº 10.221/2010 ajuizada perante o STF.

O ato administrativo é juridicamente insustentável, de primeiro porque o

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

Decreto nº 001/2009, objeto do referido recurso ordinário julgado pelo TRT/7ª Região, transitado em julgado como visto, foi declarado inconstitucional e ilegal, sendo assim insubsistente este motivo específico determinante.

Ademais, a Portaria em apreço, na identificação de seu objeto, consigna a expressão: "Exonera Servidor Público Municipal Efetivo, dos quadros de pessoal da Administração Pública, na forma prevista em decisão judicial (STF), e dá outras providências".

Ocorre que, diversamente da motivação exposta, no julgamento da Reclamação nº 10.221/2010, o Pretório Excelso limitou-se a reconhecer a competência da Justiça Comum para julgar as lides então elencadas, e a declarar a nulidade dos atos praticados pela Justiça Laboral, o que certamente não ampara a exoneração sob enfoque, sobretudo se considerada a finalidade restrita daquela via processual, de preservar a competência do STF e de garantir a autoridade de suas decisões, nos termos do art. 102, inc. I, alínea l;[21] confira-se:

> EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECLAMAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. SUPOSTA CONTRATAÇÃO IRREGULAR DE SERVIDORES PÚBLICOS TEMPORÁRIOS. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. 1. Cabe ao Procurador-Geral da República exercer as funções do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal Federal (art. 46 da Lei Complementar nº 75/93). Declaração nos autos de que "nada tem a requerer". 2. Atestado, no acórdão recorrido, o caráter jurídico-administrativo do vínculo entre reclamante e seus servidores temporários. Inviável rediscussão do tema em embargos de declaração. 3. "Não compete ao Supremo Tribunal Federal, no âmbito estreito de cognição próprio da reclamação constitucional, analisar a regularidade constitucional e legal das investiduras em cargos efetivos ou comissionados ou das contratações temporárias realizadas pelo Poder Público" (Rcl 4.785-MC-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes). 4. Embargos de declaração de que não se conhece.
> (STF; Rcl 5381 ED, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 20/05/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-02 PP-00371)

Nesse diapasão, escorreita é a sentença, proferida em consonância com a jurisprudência desta Corte e do STF, ao considerar a mácula ao devido processo legal ante a exoneração sem prévia oportunidade ao servidor para o exercício do contraditório e a ampla defesa, *verbis*:

---

2 CF/1988, Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

[...]

l) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

> [...]
> Nessa senda, para que ocorra exoneração, deverá a Administração Pública, seja o servidor estável ou ainda em estágio probatório, observar, no mínimo, os requisitos do Contraditório e da Ampla Defesa, através de um processo administrativo (art. 5º, LV da CR/88), e o Princípio da Motivação.
> [...]
> Resta óbvio, de tal sorte, que o Gestor Municipal de Jaguaretama, em um e outro ato de afastamento (Decreto nº 001/2009 e Portaria nº 026/2010) não obedeceu a essas exigências.
> Assim, reconhecida a ilegitimidade do primeiro ato de afastamento, caem por terra os motivos que sustentam o segundo e mais drástico Ato Administrativo, que exonerou o (a) demandante.
> [...]

Sobre a matéria, trago à colação arestos prolatados neste Sodalício, de minha relatoria inclusive:

> Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL NÃO ESTÁVEL. AUSÊNCIA DE ESTABILIDADE EXTRAORDINÁRIA (ART. 19 DO ADCT). SUPERVENIÊNCIA DE LEI MUNICIPAL, INSTITUINDO O REGIME JURÍDICO ÚNICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO MUNICÍPIO DE PENTECOSTE. REGIME CELETISTA TRANSFORMADO EM ESTATUTÁRIO. INOCORRÊNCIA DE PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA (ART. 5º, INCISOS LIV E LV, DA CF/88). PRECEDENTES. NECESSIDADE DE REINTEGRAÇÃO DO SERVIDOR ILEGALMENTE DEMITIDO. INEXISTÊNCIA DE DANOS MORAIS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SENTENÇA REFORMADA. 1. É nulo o ato demissional perfectibilizado sem a deflagração do prévio processo administrativo, mesmo em face de servidores não estáveis, devendo ser-lhes assegurado o exercício do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal). Precedentes. 2. Inexistência de danos morais, pois a autora não se desincumbiu do ônus de comprovar os infortúnios psicológicos decorrentes das circunstâncias veiculadas nos autos (art. 333, inciso I, do CPC). 3. Tendo em vista o fato de autora e réu haverem decaído de partes iguais do pedido, os ônus da sucumbência devem ser repartidos, aplicando-se, assim, o art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil. 5. Apelo parcialmente provido. Compensação dos honorários advocatícios, devido à ocorrência de sucumbência recíproca.
> (Apelação cível nº 2483-20.2000.8.06.0144/1 – Relator: Des. Fernando Luiz Ximenes Rocha – DJ*e* de 27.09.2012)

> Ementa: META II - CNJ EMENTA: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REMESSA OFICIAL E APELAÇÃO CÍVEL EM SEDE DE AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. EXONERAÇÃO

> SUMÁRIA DE SERVIDORES ADMITIDOS POR CONCURSO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 20 DO STF. VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE. PRECEDENTES DO TJ/CE. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Tendo o apelante homologado o concurso público, nomeado, empossado e dado exercício aos recorridos, não pode o mesmo, através de ato unilateral, anular o certame e declarar sem efeito as nomeações, sem que seja realizado o devido processo administrativo, sob pena de restarem maculadas as garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, inciso LV, CF/88). 2. Ademais, segundo já pacificou a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, através da Súmula nº 20 daquela Corte: "É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso.", motivo pelo qual resta presente o requisito do *fumus boni iuris* que ensejou o deferimento da ação cautelar em exame. Quanto ao *periculum in mora*, percebe-se igualmente existente, vez que o não recebimento dos proventos devidos até julgamento final da demanda, obviamente causará aos autores/apelados obstáculo intransponível em razão do perigo de irreversibilidade do dano praticado pelo Município ora apelante, tendo em vista o caráter alimentício das verbas salariais. 3. Com efeito, o ato administrativo exarado pela municipalidade apelante que exonerou sumariamente os recorridos violou os princípios do *due process of law*, do contraditório e da ampla defesa, não merecendo, portanto, reproche o provimento jurisdicional vergastado que determinou a reintegração destes aos seus respectivos cargos. Precedentes do TJ/CE. (Apelação/Reexame Necessário nº 836-39.2000.8.06.0160/1 – Relator: Des. Francisco Sales Neto – DJe de 05.05.2011)

Do STF, cito:

> EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Para a exoneração de servidor público, ainda que em estágio probatório, é imprescindível a observância do devido processo legal com as garantias a ele inerentes. Precedentes. 2. Impossibilidade de reexame de provas em recurso extraordinário: incidência da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal.
> (AI 623854 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009 EMENT VOL-02379-11 PP-02298)
>
> DECISÃO.
> Vistos.
> Município de Neópolis interpõe recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, contra acórdão do Plenário do Tribunal de Justiça do estado de Sergipe, assim ementado:
> "MANDADO DE SEGURANÇA – DECRETO MUNICIPAL –

ANULAÇÃO DE NOMEAÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS – ATO UNILATERAL – VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – SÚMULA 21 DO STF – REINTEGRAÇÃO DOS SERVIDORES – CONCESSÃO PARCIAL DA SEGURANÇA – MAIORIA - Até mesmo o poder discricionário de autotutela da Administração Pública deve obediência aos princípios constitucionais. - O servidor público, ainda que em estágio probatório, não pode se demitido ou exonerado sem observância das formalidades legais. - Segurança concedida parciAlega o recorrente violação do artigo 169, § 1°, da Constituição Federal.
[...]
Não merece prosperar a irresignação.
A jurisprudência desta Corte está orientada no sentido de que a exoneração de servidor público, ainda que em estágio probatório, deve ser precedida de procedimento administrativo específico, em observância aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Nesse sentido, anote-se:
"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CARGO PÚBLICO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE. LEI EM SENTIDO ESTRITO. INEXISTÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PROCESSO ADMINISTRATIVO. 1. Os cargos públicos apenas podem ser criados e extintos por lei de iniciativa do Presidente da República. A declaração de desnecessidade sem amparo legal não é hábil a extingui-los. 2. A exoneração de servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, depende da prévia instauração de procedimento administrativo, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal. Agravo regimental não provido"
(RE nº 240.735/MG-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Eros Grau, DJ de 5/5/06).

"CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EXONERAÇÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. I. - Servidor público, ainda que não goze de estabilidade excepcional, não pode ser exonerado do cargo sem a observância do devido processo legal. II. - Agravo não provido"
(RE nº 409.997/AL-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ de 16/12/05).

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MUNICÍPIO. DECLARAÇÃO DE DESNECESSIDADE DE CARGO. SERVIDOR PÚBLICO OCUPANTE DE CARGO EFETIVO, EM ESTÁGIO PROBATÓRIO. EXONERAÇÃO *AD NUTUM* E SEM CRITÉRIOS OBJETIVOS. IMPOSSIBILIDADE. O servidor público ocupante de cargo efetivo, ainda que em estágio probatório, não pode ser exonerado *ad nutum*, com base em decreto que declara a desnecessidade do cargo, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Incidência da súmula 21 do STF. Recurso a que se dá provimento, para determinar a reintegração dos autores no quadro de pessoal da Prefeitura Municipal de Bicas (MG)"
(RE nº 378.041/MG, Primeira Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJ de 11/2/05).

> "1. Servidor estadual em estágio probatório: exoneração não precedida de procedimento específico, com observância do direito à ampla defesa e ao contraditório, como impõe a súmula 21-STF: nulidade. 2. Nulidade da exoneração: efeitos. Reconhecida a nulidade da exoneração deve o servidor retornar à situação em que se encontrava antes do ato questionado, inclusive no que se refere ao tempo faltante para a complementação e avaliação regular do estágio probatório, fazendo jus ao pagamento da remuneração como se houvesse continuado no exercício do cargo; ressalva de entendimento pessoal do relator manifestado no julgamento do RE 247.349"
> (RE nº 222.532/MG-AgR, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 1/9/2000).
>
> Ademais, a questão referente à devida observância dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em casos como o presente, já teve a repercussão geral reconhecida por esta Corte, no autos do RE nº 594.296-RG/MG, de minha relatoria, Tribunal Pleno, DJe de 13/2/12, cujo mérito já foi julgado, por meio de acórdão assim ementado: "RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO. EXERCÍCIO DO PODER DE AUTOTUTELA ESTATAL. REVISÃO DE CONTAGEM DE TEMPO DE SERVIÇO E DE QUINQUÊNIOS DE SERVIDORA PÚBLICA. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. 1. Ao Estado é facultada a revogação de atos que repute ilegalmente praticados; porém, se de tais atos já decorreram efeitos concretos, seu desfazimento deve ser precedido de regular processo administrativo. 2. Ordem de revisão de contagem de tempo de serviço, de cancelamento de quinquênios e de devolução de valores tidos por indevidamente recebidos apenas pode ser imposta ao servidor depois de submetida a questão ao devido processo administrativo, em que se mostra de obrigatória observância o respeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa. 3. Recurso extraordinário a que se nega provimento".
> Ressalte-se, por fim, que ultrapassar o entendimento do Tribunal local e acolher a pretensão do recorrente, implicaria reexame de provas e análise da legislação infraconstitucional, o que é incabível em sede de recurso extraordinário. Incidência da Súmula nº 279 desta Corte.
> Ante o exposto, nos termos do artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso extraordinário. Publique-se. Brasília, 13 de novembro de 2012. Ministro Dias Toffoli Relator Documento assinado digitalmente
> (RE 593146, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 13/11/2012, publicado em DJe-233 DIVULG 27/11/2012 PUBLIC 28/11/2012)

Ante o exposto, não tomo conhecimento da presente apelação e conheço parcialmente do reexame necessário atinente à Portaria nº 026/2010 e, nesse ponto, nego-lhe provimento.

É como voto.

PROCESSO Nº 0002190-87.2000.8.06.0164
APELAÇÃO DA COMARCA DE SÃO GONÇALO DO AMARANTE
APELANTE: MAURÍCIO BRASILEIRO MARTINS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. ADMINISTRATIVO. EX-PREFEITO. CONTAS ANUAIS. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. IMPUTAÇÃO DE DÉBITO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. APROVAÇÃO DAS CONTAS PELO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL. POSSIBILIDADE. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS POLÍTICA, ADMINISTRATIVA E JUDICIÁRIA. EXEGESE DO ART. 21, II DA LEI Nº 8.429/92. CHANCELA JUDICIAL DA DECISÃO DO ÓRGÃO DE CONTAS, NA LINHA DECISÓRIA DA SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS INFIRMADORES PELO APELANTE (ART. 333, II DO CPC). RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que Constituição Federal de 1988 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública visando proteger o patrimônio público e social. Preliminar rejeitada.

2. Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares e de orientação do Poder Legislativo (art. 71 da CF/88). De irrecusável relevância, de fundamental importância e de inquestionável essencialidade, suas decisões têm caráter técnico-administrativo, sem, todavia, compreender atividade judicante.

3. Os elementos probatórios carreados aos autos lograram demonstrar e delinear efetivo dano aos cofres públicos. Como se pode depreender dos fólios processuais, o órgão de contas dos municípios fez detalhado relatório das contas de gestão do ex-Prefeito, relativamente ao exercício de 1996, desaprovando, ao final, as contas do recorrente.

4. Por outro lado, o apelante não trouxe à lume elementos e provas infirmadores da tese recorrida (art. 333, II do CPC), razão pela qual deve prevalecer todos os seus termos, ante a evidente constatação de dano ao erário, devidamente apurada pelo Tribunal de Contas dos Municípios, cuja decisão merece a chancela do Judiciário por gozar de presunção de veracidade e legitimidade, nos exatos termos do art. 19, II da Constituição Federal, que preceitua a existência de fé pública dos atos emanados do Poder Público.
5. Recurso de apelação conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unaminidade de votos, para CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso de apelação, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível interposta por MAURÍCIO BRASILEIRO MARTINS contra sentença proferida pelo juízo da comarca de São Gonçalo do Amarante, que, nos autos da ação civil pública (processo nº 2190-87.2000.8.06.0164/0), intentada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ, julgou procedentes os pedidos formulados na ação originária.

Segundo noticiam os autos, o Ministério Público do Estado do Ceará ajuizou ação civil pública em face de Maurício Brasileiro Martins, ex-Prefeito de São Gonçalo do Amarante, por ato de improbidade administrativa causador de lesão ao erário, cometido durante o exercício de seu mandato eletivo (01/01/1993 a 31/12/1996), precisamente no ano de 1996, consistente em uma série de irregularidades que culminaram na desaprovação, pelo Tribunal de Contas dos Municípios, das contas da Prefeitura Municipal de São Gonçalo do Amarante, exercício financeiro de 1996 (fls. 03/07).

O juiz de direito da vara única da comarca de São Gonçalo do Amarante julgou procedentes os pedidos para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa, na forma dos arts. 10 e 12, inciso II da Lei nº 8.429/92, aplicando ao réu as seguintes sanções: ***a)*** ressarcimento integral do dano no valor correspondente a R$ 40.943,22 (quarenta mil novecentos e quarenta e três reais, vinte e dois centavos), devidamente corrigido; ***b)*** perda da função pública que eventualmente esteja exercendo; ***c)*** suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 05 (cinco) anos; ***d)*** pagamento de

multa civil no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais); ***e)*** proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, pelo prazo de 05 (cinco) anos (fls. 209/211).

Irresignado, o recorrente interpôs o presente apelo pleiteando a reforma da sentença, argumentando: ***a)*** ilegitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público, tendo em vista que o objeto visado deveria ser inscrito na dívida ativa, a instruir futura cobrança pelo representante judicial competente, e não pelo *Parquet*, que não tem legitimidade para representar judicialmente as entidades públicas; e, ***b)*** que o Tribunal de Contas dos Municípios apenas emite parecer prévio acerca das contas da Prefeitura, sendo que estas são julgadas pela Câmara Municipal, que, no caso, aprovou quase por unanimidade as contas da Prefeitura no exercício de 1996.

Com base nos arts. 31, § 1º e § 2º da CF/88, requer o reconhecimento da ilegitimidade do Ministério Público ou, se assim não entendido, o provimento do recurso, reconhecendo a ausência de prova da situação fática afirmada pelo autor da ação, com inversão da sucumbência (fls. 215/226).

O Ministério Público do Estado do Ceará, em sede de contrarrazões, pugna pela manutenção da sentença, aduzindo que a decisão recorrida está bem fundamentada conforme o direito (fls. 232/233).

Por fim, a Procuradora de Justiça opinou pelo improvimento do apelo, ante as irregularidades reconhecidas pelo órgão de contas, tipificadas na Lei de Improbidade Administrativa, nos termos em que decididos pelo juízo *a quo* (fls. 246/254).

É o relatório.

À douta revisão.

Inclua-se em pauta.

VOTO

Recurso que atende aos pressupostos de admissibilidade. Passo à análise da controvérsia.

1. Legitimidade ativa do Ministério Público

Consoante o relatado, sustenta o recorrente ser o Ministério Público parte ilegítima, sendo inadequada a ação civil pública proposta em decorrência da suposta prática de atos de improbidade administrativa atribuídos ao apelante e que teriam acarretado prejuízo ao patrimônio público.

Por força do art. 129, inciso III da Constituição Federal, compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O art. 1º, inciso IV da Lei n. 7.347/85, recepcionado pela Carta Magna

de 1988, estabelece que se regem pela Lei da Ação Civil Pública, sem prejuízo da ação popular, as ações visando resguardar, como no presente caso, a integridade do patrimônio público atingido por irregularidades na contas da municipalidade.

Por sua vez, o art. 25, inciso IV da Lei n. 8.625/93 dispõe, *in verbis*:

> Art. 25 - Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
>
> (...)
>
> IV - promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
>
> a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;

Sobre o *thema decidendum*, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que Constituição Federal de 1988 ampliou o campo de atuação do Ministério Público, conferindo-lhe legitimidade para propor ação civil pública visando proteger o patrimônio público e social.

Nesse sentido, confiram-se os seguintes precedentes:

> PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. LEGITIMAÇÃO ATIVA RECONHECIDA.
> 1. Ao Ministério Público é reconhecida legitimação ativa para, por via de ação civil pública, proteger os danos cometidos contra o patrimônio público por meio de ações ilícitas dos agentes públicos.
> 2. Interpretação do art. 1, IV, da Lei num. 7.347/85, em combinação com o art. 25, INC. IV, 'b', da Lei num. 8.625/93.
> 3. A ação civil pública tem por objeto, também, proteção do patrimônio público.
> 4. Uma das funções específicas do Ministério Público é a de promover inquérito civil e ação civil pública para a proteção do patrimônio público (art. 129, III, da CF/88).
> 5. Há de ser fazer com que produza eficácia a amplitude do campo de atuação do Ministério Público, conforme pretende a Carta Magna.
> 6. Não se concebe haver limitação imposta pelo art. 1., da Lei 7.347/85, não só por força do contido na Lei 8.625/93, RT. 25, IV, mas, também, por não exaustiva a fixação da legitimidade regulada pelo referido dispositivo para a propositura da ação.
> 7. Recurso especial provido"
> (Primeira Turma, REsp n. 166.848/MG, relator Ministro José Delgado, DJ de 3/8/1998).
>
> ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO CIVIL PÚBLICA - LEGITIMIDADE - MINISTÉRIO PÚBLICO - PEDIDO DE REPARAÇÃO

DE DANOS CAUSADOS AO ERÁRIO - POSSIBILIDADE.
1. É perfeitamente cabível na ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pedido de reparação de danos causados ao erário pelos atos de improbidade administrativa, tipificados na Lei 8.429/92.
2. Precedentes desta Corte.
3. Recurso especial improvido.
(REsp n.º 686.993/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 25/05/2006)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. EX-PREFEITO. CONVÊNIO. VERBAS PÚBLICAS. REPASSE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DO ART. 267, IV, DO CPC. DESCABIMENTO.
I - Viabilidade da utilização de ação civil pública por improbidade administrativa movida pelo Ministério Público Estadual contra ex-prefeito, visando à reparação de dano ao erário causado por repasse indevido de verba originada de assinatura de convênios com a Secretaria Estadual de Esportes, Lazer e Turismo. Precedentes: REsp nº 695.718/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 12/09/2005; REsp nº 202.289/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 05/09/2005).
II - Afasta-se a aplicação do inciso IV do art. 267 do CPC, determinando o retorno dos autos ao Tribunal para proferir decisão de mérito na apelação interposta.
III - Recurso provido.
(REsp n.º 815.332/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 08/05/2006)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. DANO AO ERÁRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA.
1. Não viola o artigo 535, II, do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
2. Não pode ser conhecido recurso especial cujo provimento dependa do reexame do material fático-probatório dos autos, a teor do entendimento expresso na Súmula 7/STJ.
3. É orientação assentada no âmbito da 1ª Seção o entendimento de que o Ministério Público possui legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário por ato de improbidade administrativa.
4. Recurso especial a que se nega provimento.
(REsp n.º 631.408/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 30/05/2005).

Sedimentando esse posicionamento, o Superior Tribunal de Justiça editou a súmula 329: "O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público."

Nesses termos, rejeito a preliminar de carência de ação por entender que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública visando ao ressarcimento de dano ao erário.

2. Ressarcimento ao erário

Está expresso na Constituição Federal, no seu art. 37, § 4º:

> Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e também, ao seguinte:
>
> […]
>
> § 4.º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

É de sabença que à luz da Lei nº 8.429/92, regulamentadora do cânone insculpido no art. 37, § 4º da Constituição Federal, os agentes públicos incursos em atos de improbidade sofrerão as sanções previstas na lei, nos casos em que: *a)* importem em enriquecimento ilícito (**art. 9º**); *b)* que causem prejuízo ao erário público (**art. 10**); *c)* que atentem contra os princípios da Administração Pública (**art. 11**), aqui também compreendida a lesão à moralidade administrativa. Destarte, para que ocorra o ato de improbidade disciplinado pela referida norma é mister o atingimento de um dos bens jurídicos acima referidos e tutelados pela norma especial.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, *in* "Direito Administrativo na Constituição de 1988", São Paulo - Revista dos Tribunais, 1991, p. 37, a respeito do tema, quis a Carta Política "inibir que a Administração se conduza perante o administrado de modo caviloso, com astúcia ou malícia preordenadas a submergir-lhe direitos ou embaraçar-lhes o exercício e, reversamente, impor-lhe um comportamento franco, sincero, leal".

No mesmo sentido, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, em "Controle da Moralidade Administrativa", São Paulo, Ed. Saraiva, 1974, p. 207, diz o seguinte:

> "De um modo geral, a moralidade administrativa passou a constituir pressuposto de validade de todo ato da administração pública. Não se trata, contudo, da moral comum, mas, sim, da moral jurídica e para a qual prevalece a necessária distinção entre o bem e o mal, o honesto e o desonesto, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, o legal e o ilegal, não obedecendo, o ato administrativo, somente à lei jurídica".

Tomadas essas premissas, *in casu*, consoante se infere da sentença recorrida, o juiz *a quo*, em análise detida dos documentos que assentam o cometimento dos atos ímprobos imputados ao apelante, entendeu que a conduta amoldava-se àquelas descritas no art. 10 da Lei nº 8.492/92, e, à luz dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, aplicou ao recorrente as sanções previstas no inciso II do art. 12 da mesma lei, sendo as seguintes:

> II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

E o apelante, por sua vez, limitou o mérito recursal no confronto entre o parecer desfavorável do Tribunal de Contas dos Municípios e a aprovação das contas do exercício de 1996 pela Câmara dos Vereadores de São Gonçalo do Amarante, defendendo a impossibilidade de rejeição do resultado do julgamento das contas pelo Poder Legislativo municipal, cuja competência flui diretamente da Constituição Federal, conforme os ditames do art. 31, § 1º e § 2º (fls. 08/78; 215/226).

Efetivamente, quando se está sob a égide do controle político do orçamento, o Tribunal de Contas é um mero órgão opinativo, podendo o Poder Legislativo desprezar o parecer técnico do Tribunal, que é apenas um dos elementos da decisão.

Dentro deste enfoque, tem a jurisprudência entendido que o Poder Legislativo, quando delibera sobre contas do Executivo, exerce controle político, não podendo o Judiciário imiscuir-se nas razões que levam à decisão final, acatando ou rejeitando as contas.

Esta hipótese, contudo, não se confunde com o controle que exerce o Tribunal de Contas sobre os atos de gestão, os quais são praticados pelos ordenadores de despesa, em que age o órgão como verdadeiro Tribunal, podendo impor condenação via título extrajudicial, observando sempre no seu procedimento o devido processo legal e a ampla defesa.

Nesse sentido, cito elucidativo julgado do STJ:

> CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ATOS PRATICADOS POR PREFEITO, NO EXERCÍCIO DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E GESTORA DE RECURSOS PÚBLICOS. JULGAMENTO PELO TRIBUNAL DE CONTAS. NÃO SUJEIÇÃO AO *DECISUM* DA CÂMARA MUNICIPAL. COMPETÊNCIAS DIVERSAS. EXEGESE DOS ARTS. 31 E 71 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.
> Os arts. 70 a 75 da *Lex Legum* deixam ver que o controle externo – contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial – da administração

> pública é tarefa atribuída ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas. O primeiro, quando atua nesta seara, o faz com o auxílio do segundo que, por sua vez, detém competências que lhe são próprias e exclusivas e que para serem exercitadas independem da interveniência do Legislativo.
> O conteúdo das contas globais prestadas pelo Chefe do Executivo é diverso do conteúdo das contas dos administradores e gestores de recurso público. As primeiras demonstram o retrato da situação das finanças da unidade federativa (União, Estados, DF e Municípios).
> Revelam o cumprir do orçamento, dos planos de governo, dos programas governamentais, demonstram os níveis de endividamento, o atender aos limites de gasto mínimo e máximo previstos no ordenamento para saúde, educação, gastos com pessoal. Consubstanciam-se, enfim, nos Balanços Gerais prescritos pela Lei 4.320/64. Por isso, é que se submetem ao parecer prévio do Tribunal de Contas e ao julgamento pelo Parlamento (art. 71, I c./c. 49, IX da CF/88).
> As segundas – contas de administradores e gestores públicos, dizem respeito ao dever de prestar (contas) de todos aqueles que lidam com recursos públicos, captam receitas, ordenam despesas (art. 70, parágrafo único da CF/88). Submetem-se a julgamento direto pelos Tribunais de Contas, podendo gerar imputação de débito e multa (art. 71, II e § 3º da CF/88).
> Destarte, se o Prefeito Municipal assume a dupla função, política e administrativa, respectivamente, a tarefa de executar orçamento e o encargo de captar receitas e ordenar despesas, submete-se a duplo julgamento. Um político perante o Parlamento precedido de parecer prévio; o outro técnico a cargo da Corte de Contas.
> Inexistente, *in casu*, prova de que o Prefeito não era o responsável direto pelos atos de administração e gestão de recursos públicos inquinados, deve prevalecer, por força ao art. 19, inc. II, da Constituição, a presunção de veracidade e legitimidade do ato administrativo da Corte de Contas dos Municípios de Goiás.
> Recurso ordinário desprovido.
> (RMS 11.060/GO, Rel. Ministra LAURITA VAZ, Rel. p/ Acórdão Ministro PAULO MEDINA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/06/2002, DJ 16/09/2002, p. 159)

Os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares e de orientação do Poder Legislativo (art. 71 da CF/88). De irrecusável relevância, de fundamental importância e de inquestionável essencialidade, suas decisões têm caráter técnico-administrativo, sem, todavia, compreender atividade judicante.

Assim, é possível haver condenação direta do Tribunal de Contas ao infiel gestor das contas públicas, quando encaradas estas sob o enfoque de um procedimento administrativo, que, por seu turno, pode ser examinado pelo Poder Judiciário, à luz da garantia constitucional contida no art. 5º, inciso XXXV da CF/88, que enuncia: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"**.**

Nesse particular, dispõe assim o art. 21 da Lei nº 8.429/92:

> Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe:

> I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento;
> II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.

Oportuno, nesse passo, transcrever parte da doutrina de Marino Pazzaglini Filho e outros, ***in*** "Improbidade Administrativa, Aspectos Jurídicos da Defesa do Patrimônio Público, p. 141, 4.ª edição, Ed. Atlas, 1999, São Paulo, que doutrina assim:

> "... Contudo, a competência constitucional dos Tribunais de Contas, adstrita à apreciação técnico-contábil própria do controle externo de fiscalização financeira e orçamentária, não preexclui o julgamento político parlamentar e muito menos a cognoscibilidade jurisdicional de legalidade e lesividade dos atos subjacentes às contas aprovadas."

Portanto, qualquer que tenha sido o julgamento pelo Tribunal de Contas dos Municípios – e assim também o resultado do julgamento pela Câmara Municipal –, por certo não se configuraria tal ato como prejudicial, impeditivo ou excludente de análise ampla dos mesmo fatos pelo Poder Judiciário**.**

Com tudo isto, a verdade é que os elementos probatórios carreados aos autos lograram demonstrar e delinear efetivo dano aos cofres públicos. Como se pode depreender dos fólios processuais, o órgão de contas dos municípios fez detalhado relatório das contas de gestão do ex-Prefeito, relativamente ao exercício de 1996, desaprovando, ao final, as contas do recorrente (fls. 08/78).

Frente a esse panorama, agiu certo o magistrado de piso em reconhecer a conduta ímproba do apelante, subsumindo-a na norma jurídica veiculada no art. 10 da Lei nº 8.429/92, que dispõe assim:

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

Prescindível, pois, a verificação do dolo do agente, bastando a conduta culposa para verificação da responsabilidade por improbidade administrativa, com base no multicitado art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa.

Por outro lado, o apelante não trouxe à lume elementos e provas infirmadores da tese recorrida (art. 333, II do CPC), razão pela qual deve prevalecer todos os seus termos, ante a evidente constatação de dano ao erário, devidamente apurada pelo Tribunal de Contas dos Municípios, cuja decisão merece a chancela do Judiciário por gozar de presunção de veracidade e legitimidade, nos exatos termos do art. 19, II da Constituição Federal, que preceitua a existência de fé pública dos atos emanados do Poder Público.

Com essas considerações, CONHEÇO do recurso de apelação para NEGAR-LHE PROVIMENTO, devendo ser mantida incólume a sentença recorrida.

É como voto.

Fortaleza, 07 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CÍVEL
PROCESSO Nº: 0002734-11.2005.8.06.0064
APELANTE: GERDAU S/A
APELADO: POSTES ARTEC LTDA
RELATOR: DES. FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. TÍTULOS EXECUTIVOS EXTRAJUDICIAIS. DUPLICATAS MERCANTIS. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. REJEITADA. PRINCÍPIOS BÁSICOS DOS TÍTULOS DE CRÉDITO (CARTULARIDADE, LITERALIDADE, AUTONOMIA). AUSÊNCIA. ART.2º, VII DA LEI DE DUPLICATAS. ART. 566, I, DO CPC. TEORIA DA APARÊNCIA. NÃO APLICABILIDADE *IN CASU*. EMBARGOS À EXECUÇÃO PROCEDENTES. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO, E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA EM PARTE SOMENTE PARA ARBITRAR OS ÔNUS SUCUMBENCIAIS PARA O VALOR FIXO DE R$3.000,00 (TRÊS MIL REAIS).

1. Busca a parte apelante, em sede de Apelação, sustentar preliminarmente o cerceamento de defesa. Em sede meritória, destaca a teoria da aparência: matriz e filial, o conceito de grupo econômico e suas repercussões no mundo jurídico. Acrescenta a ausência da ilegitimidade das empresas matriz e filial, frente aos títulos de natureza não tributária. Ao final, destaca a indevida condenação em honorários sucumbenciais. Pugna pelo acolhimento da preliminar e provimento do apelo para reformar a sentença impugnada.

Vale destacar que a Preliminar de Cerceamento de Defesa merece ser rejeitada, posto que a sustentação do apelante de que não houve oportunidade para que a petição inicial fosse emendada não pode prosperar. Conforme destacou em sede de contrarrazões, a parte apelada, a petição inicial satisfazia todos os requisitos do art. 282 do CPC e não era o caso de indeferimento da inicial previsto no art. 284 do CPC. Deste modo, indubitável que a parte não pode justificar seu equívoco, alegando cerceamento de defesa em virtude de ausência de oportunidade para que a petição inicial fosse emendada.

2. No que refere ao mérito o *decisum* merece, do mesmo modo, ser confirmado, principalmente no momento em que referiu-se ao fato de que a "exequente não figura no título executivo, daí resultar patente a sua ilegitimidade, com mais razão ainda, quando inexiste endosso, imprescindível à transferência dos títulos à ordem, como essas duplicatas (art.2º, VII da LD)". Casos análogos ocorreram em julgados desta Corte, quando confirmou-se entendimentos pela extinção da execução tendo em vista que o título executivo extrajudicial que embasa a execução encontra-se em desconformidade com o exigido para a referida Ação. A TEORIA DA APARÊNCIA sustentada em sede de Apelação merece ser rejeitada no caso telado. Conforme o destaque dado em sede de Contrarrazões, a empresa exequente não figura como credora dessas duplicatas, nem como sacadora e nem como endossatária, encontrando-se o título executivo imperfeito, não existindo endosse que justifique a sua legitimidade para propor a referida execução. Deste modo referida teoria não se aplica, visto que a filial possui personalidade jurídica própria distinta a da matriz e de outra filial.

3. No que tange à Teoria da Aparência, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já destacou: "Sendo o título de crédito documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, apresenta-se como espelho de uma relação jurídica havida entre as partes nele figurantes, fazendo prova acerca da existência da própria obrigação creditícia, como também acerca das pessoas, credor e devedor. Nesse contexto, na cártula objeto da execução quem expressamente obrigou-se pela dívida, figurando como subscritora da promessa de pagamento então emitida, foi a empresa Credisul - Crédito Cobrança e Representações Ltda. não havendo no título qualquer menção ou participação do Banco BMG S.A., quer como subscritor ou avalista do título. Assim, não há viabilidade na aplicação da Teoria da Aparência, na execução fundada em título de crédito extrajudicial, dado o princípio da literalidade e vinculação com relação às obrigações contraídas. Apelo desprovido. (Apelação Cível Nº 70030006977, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 13/05/2010)

4. Esta Corte de Justiça já entendeu: "APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS

À EXECUÇÃO. PRELIMINAR VERIFICADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE DUPLICATA. NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. SENTENÇA MODIFICADA NOS SEUS FUNDAMENTOS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS. 1- A preliminar instalada de ofício versa sobre a ausência de documento necessário para a instrumentalização adequado da execução, qual seja: a duplicata acostada no seu original. O exequente juntou aos autos somente uma relação de medicamentos que teriam sido entregues à executada. 2- Ademais, o exequente não efetuou o protesto e não acostou o documento hábil comprobatório da entrega e do recebimento da mercadoria, conforme determina a lei. 3- Verifica-se que o meio utilizado, a ação executiva, fora completamente inadequada, o que ocasiona a carência de ação por causa da não observância acerca do interesse processual, eis que esta é composta pelo binômio necessidade- adequação, conforme balizada doutrina. Destarte, demonstrada a inadequação do meio utilizado. Preliminar conhecida de ofício. (TJCE. Apelação 1646925200080601171 Relator(a) Desembargador: FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data de registro: 13/03/2012)

5. Sustentou a parte apelante que merece reforma o julgado que condenou o ora recorrente, ao pagamento dos ônus sucumbenciais na base de 15% sobre o valor da execução. Neste caso verifica-se que referida condenação encontra-se excessiva, posto que o valor da execução nos autos em apenso encontra-se destacado em R$ 349.458,10 (trezentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e dez centavos). Com efeito, levando-se em consideração que a sentença não foi condenatória, indubitável que a verba honorária devida será aquela fixada mediante apreciação equitativa do juiz, atendendo ao disposto no art. 20, §4º. Deste modo, arbitro a verba honorária no valor fixo de R$3.000,00 (três mil reais), a serem pagos à parte apelada POSTES ARTEC LTDA, posto que se encontra adequada com os parâmetros desta Corte e em conformidade com o procedimento dos autos.

6. Apelação conhecida, e Parcialmente Provida. Sentença MODIFICADA EM PARTE SOMENTE PARA REDUZIR O *QUANTUM*ARBITRADO PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS PARA O VALOR FIXO DE R$3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), a serem pagos à parte apelada POSTES ARTEC LTDA, MANTENDO OS DEMAIS ASPECTOS DA SENTENÇA, que julgou pela procedência dos Embargos à Execução, extinguindo a execução sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, art. 329 e art. 745 V, todos do CPC.

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 parcial provimento, MODIFICANDO EM PARTE O *DECISUM A QUO* SOMENTE PARA REDUZIR O *QUANTUM* ARBITRADO PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS PARA O VALOR FIXO DE R$3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), a serem pagos à parte

apelada POSTES ARTEC LTDA, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

Fortaleza, 20 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL em face de sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Comarca de Caucaia, em Embargos à Execução, julgando pela procedência dos embargos, e extinguindo a execução sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, art. 329 e art. 745, V, do CPC, condenando a embargada a pagar as custas processuais e honorários advocatícios na base de 15% sobre o valor da execução. Entendeu o julgador *a quo* que a exequente não figura nas duplicatas nem como sacadora e nem como endossatária, afrontando, assim, os princípios da cartularidade, literalidade e da autonomia, além das previsões legais que estabelecem as formalidades para emissão e circulação das duplicatas (Lei das Duplicatas, Resolução nº 102/68/BACEN), art.910 e seguintes do CC, o que a torna parte ilegítima para propor a execução ou para figurar como legitimado titular das duplicatas que instruíram a inicial.

Em sede apelatória, por restar inconformada com o *decisum* singular, sustenta a embargada GERDAU S/A, preliminarmente o cerceamento de defesa. Em sede meritória destaca a teoria da aparência: matriz e filial, o conceito de grupo econômico e suas repercussões no mundo jurídico. Acrescenta a ausência da ilegitimidade das empresas matriz e filial, frente aos títulos de natureza não tributária. Ao final destaca a indevida condenação em honorários sucumbenciais. Pugna pelo acolhimento da preliminar e provimento do apelo para reformar a sentença impugnada.

Em sede de contrarrazões, afirma a apelada POSTES ARTEC LTDA que os argumentos em sede do apelo merecem ser rejeitados, em face da improcedência de suas alegações, pugnando pela manutenção da sentença e a condenação do mesmo nas custas e honorários processuais.

A Douta PGJ, em fls.272/275, opinou no sentido de que não se faz necessária a intervenção do Ministério Público na hipótese *sub oculi*.

Este é o relatório.

Ao Douto Revisor.

Fortaleza, 26 de julho de 2013

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 fora protocolizado no prazo legal como se verifica na certidão de fls.127 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.

Busca a parte apelante**,**em sede de Apelação, sustentar preliminarmente o cerceamento de defesa. Em sede meritória, destaca a teoria da aparência: matriz e filial, o conceito de grupo econômico e suas repercussões no mundo jurídico. Acrescenta a ausência da ilegitimidade das empresas matriz e filial, frente aos títulos de natureza não tributária. Ao final, destaca a indevida condenação em honorários sucumbenciais. Pugna pelo acolhimento da preliminar e provimento do apelo para reformar a sentença impugnada.

Fundamental a transcrição de trecho da sentença, *in verbis*:

> "A presente execução tem como objeto títulos executivos extrajudiciais representados por duplicatas mercantis reguladas pela Lei nº 5.474/68 que estabelece, no seu art. 2º o seguinte. (...)

Por imposição da Resolução nº 102/68 DO BACEN, que complementa e padroniza a emissão de duplicatas, deverão constar das duplicatas, além do nome e do domicílio do credor e do devedor, a discriminação dos nomes, a inscrição no CNPJ, Inscrição Estadual, e endereço completo para ambos: SACADOR E SACADO. (...)

Do disposto neste artigo emergem três características, ou princípios básicos, que deverão constar em todos os títulos de crédito, quais sejam a cartularidade, a literalidade e a autonomia. (...)

Ademais, *in casu*, inexistem títulos ao portador, razão pela qual a exequente não poderia propor a execução ora embargada, pois não figura no título, como preceitua o art. 566, I, do CPC, *verbis*: (...)

Neste caso, a exequente não figura no título executivo, daí resultar patente a sua ilegitimidade, com mais razão ainda, quando inexiste endosso, imprescindível à transferência dos títulos à ordem, como essas duplicatas (art.2º, VII da LD).

Pode-se ver das notas fiscais e das duplicatas que instruem a execução, que o negócio jurídico subjacente foi celebrado entre a embargante e a filial de Maracanaú, com CNPJ, INSCRIÇÃO ESTADUAL E ENDEREÇO diferentes da filial exequente.

Cumpre esclarecer, que a filial tem vontade própria, interesses próprios, direitos próprios, obrigações próprias, identidade própria e personalidade jurídica própria como leciona Pontes de Miranda. (...)

A exequente (filial de RECIFE) e a sacadora (filial de Maracanaú –

credora constante das duplicatas), são pessoas jurídicas distintas, com CNPJ distintos com endereços distintos e com inscrições estaduais distintas, portanto, seguindo esta orientação jurisprudencial do egrégio STJ, *mutatis mutantis*, a exequente não tem legitimidade para propor a execução.

(...)

A exequente não figura nas duplicatas nem como sacadora e nem como endossatária, afrontando, assim, os princípios da CARTULARIDADE, LITERALIDADE E DA AUTONOMIA. Além das previsões legais que estabelecem as formalidades para emissão e circulação das duplicatas (lei das duplicatas, resolução nº 102/68/BACEN), art. 910 e seguintes do CC, o que a torna parte ilegítima para propor a execução ou para figurar como legitimado titular das duplicatas que instruíram a inicial.

Ex positis, hei por bem, julgar procedentes os presentes embargos e extinta a execução sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, art. 329 e art. 745 V, todos do CPC, condenando a Embargada a pagar as custas processuais e honorários advocatícios na base de 15% sobre o valor da execução".

Desconstituídas restam as penhoras efetivadas.

Com efeito, merece confirmação a sentença de primeiro que concluiu corretamente no momento em que afirma que a exequente não figura nas duplicatas nem como sacadora e nem como endossatária, afrontando, assim, os princípios da CARTULARIDADE, LITERALIDADE E DA AUTONOMIA.

Neste momento vale destacar que a Preliminar de Cerceamento de Defesa merece ser rejeitada, posto que a sustentação do apelante de que não houve oportunidade para que a petição inicial fosse emendada não pode prosperar.

Conforme destacou em sede de contrarrazões, a parte apelada, de forma correta aduz que a petição inicial satisfazia todos os requisitos do art. 282 do CPC e não era o caso de indeferimento da inicial previsto no art. 284 do CPC. Deste modo, indubitável que a parte não pode justificar seu equívoco, alegando cerceamento de defesa em virtude de ausência de oportunidade para que a petição inicial fosse emendada.

Porém, *in casu*, evidenciou-se a conformação do julgador com as provas submetidas à análise constantes nos autos, estando o processo devidamente formalizado para sentença. Transcrevo entendimento desta Corte de Justiça quanto ao de Defesa:

> "EMENTA: (...) 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.
>
> (…) 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.
>
> (TJCE. PROCESSO Nº: 2003.0009.1294-3/017 RELATOR: DES.

> ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES. 3ª Câmara Cível. 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. 2ª Câmara Cível. Julgado em 08/06/2011).

Portanto, a irresignação da apelante no aspecto preliminar não merece prosperar.

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 cerceamento de defesa.

No que tange ao mérito o *decisum* do mesmo modo merece ser confirmado, principalmente no momento em que referiu-se ao fato de que *a "exequente não figura no título executivo, daí resultar patente a sua ilegitimidade, com mais razão ainda, quando inexiste endosso, imprescindível à transferência dos títulos à ordem, como essas duplicatas (art.2º, VII da LD)".* análogo ocorreu em julgados desta Corte, quando do mesmo modo, acataram-se entendimentos pela extinção da execução tendo em vista que o título executivo extrajudicial que embasa a execução encontra-se em desconformidade

com o exigido para a referida Ação.

A TEORIA DA APARÊNCIA sustentada em sede de Apelação merece ser rejeitada também no caso telado. Conforme o destaque dado em sede de Contrarrazões, a empresa exequente não figura como credora dessas duplicatas, nem como sacadora e nem como endossatária, encontrando-se o título executivo imperfeito, não existindo endosse que justifique a sua legitimidade para propor a referida execução. Deste modo referida teoria não se aplica, visto que a filial possui personalidade jurídica própria distinta a da matriz e de outra filial.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já entendeu do mesmo modo quanto à inaplicabilidade da Teoria da Aparência no caso que ora se analisa, *in verbis*:

> "Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE TÍTULO JUDICIAL. NOTA PROMISSÓRIA. PRINCÍPIO CAMBIÁRIO DA LITERALIDADE. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA. Não havendo, na nota promissória emitida, subscrição da instituição bancária, quer como subscritora ou avalista, mas apenas da Empresa Credisul - Crédito, Cobrança e Representações LTDA, não há como aplicar-se a Teoria da Aparência ao negócio jurídico entabulado. Preponderância do Princípio Cambiário da Literalidade. Precedentes Jurisprudenciais. NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO, EM DECISÃO MONOCRÁTICA". (Agravo de Instrumento Nº 70046827408, Primeira Câmara Especial Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relatora Desembargadora: Laura Louzada Jaccottet, Julgado em 24/01/2012)

> "Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DUPLICATA SEM ACEITE. PROTESTO DO TÍTULO. TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL CARENTE DE PROVA. INAPLICABILIDADE DA TEORIA DA APARÊNCIA.
> 1. Trata-se de embargos à execução embasada na nota fiscal e duplicata mercantil, sem aceite e protestadas.
> 2. Admissível a execução de titulo extrajudicial através de duplicata virtual, tendo em vista que o meio eletrônico é aceitável diante da doutrina e jurisprudência majoritária desde que observados os requisitos essenciais.
> 3. Conforme art. 15, inc. II e §2º, da Lei nº 5.474/68, dois são os requisitos exigidos no caso de duplicata mercantil sem aceite, quais sejam: protesto e prova da entrega e recebimento da mercadoria.
> 4. No caso dos autos, contudo, a parte embargada apenas juntou os protestos do titulo executivo em questão, não fazendo prova que comprovasse a entrega e o recebimento das mercadorias à parte embargante. Assim, incabível a reforma da sentença diante do não preenchimento dos requisitos essências do caso concreto. Sentença mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA." (Apelação Cível Nº 70035329283, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador: Newton Carpes da Silva, Julgado em 06/07/2011)

> " Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NOTA PROMISSÓRIA. EXECUÇÃO. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SUBSCRITOR. PRINCÍPIO DA LITERALIDADE. TEORIA DA APARÊNCIA. INAPLICABILIDADE. Sendo o título de crédito documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, apresenta-se como espelho de uma relação jurídica havida entre as partes nele figurantes, fazendo prova acerca da existência da própria obrigação creditícia, como também acerca das pessoas, credor e devedor. Nesse contexto, na cártula objeto da execução quem expressamente obrigou-se pela dívida, figurando como subscritora da promessa de pagamento então emitida, foi a empresa Credisul - Crédito Cobrança e Representações Ltda. não havendo no título qualquer menção ou participação do Banco BMG S.A., quer como subscritor ou avalista do título. Assim, não há viabilidade na aplicação da Teoria da Aparência, na execução fundada em título de crédito extrajudicial, dado o princípio da literalidade e vinculação com relação às obrigações contraídas. Apelo desprovido."(Apelação Cível Nº 70030006977, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator Desembargador: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 13/05/2010)

Casos análogos já foram perscrutados por esta Corte de Justiça, *in verbis:*

> " EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO TRIBUTÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXECUÇÃO CONTRA SÓCIO. AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA ACATADA. REDUÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA EQUIDAD Não se pode atribuir a responsabilidade substitutiva para sócios, diretores ou gerentes, prevista no art. 135, III, do CTN, sem que seja antes apurada a prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.
>
> O entendimento pacificado do egrégio Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o mero inadimplemento não justifica a responsabilização tributária dos sócios, sendo imprescindível a constatação de estes terem agido com excesso de poderes ou infração de lei. Precedentes: REsp 651.406/PR, Rel. MIN. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Primeira Turma, DJe 23.4.2008; AgRg no Ag 1065541/SP, Rel. MIN. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJe 27.2.2009; EDcl no AgRg no REsp 1095672/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 25/06/2009 e AgRg no REsp 1196537/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 22/02/2011.
>
> 3. O § 4º do artigo 20 do CPC estatui, dentre outras hipóteses, que nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão arbitrados consoante apreciação equitativa do juiz, observadas as alíneas a, b e c do parágrafo anterior.
>
> 4. O egrégio STJ já firmou entendimento no sentindo de que a fixação de honorários, com fulcro no artigo 20, § 4º, do CPC, não está adstrita aos percentuais de 10% (dez por cento) e 20% (vinte por cento) mencionados no § 3º do mesmo artigo 20, podendo ser o percentual inferior a 10%

(dez por cento) ou superior a 20% (vinte por cento). Precedentes: EREsp 516.621/RN, Rel. Ministro GILSON DIPP, Terceira Seção, DJ 26.09.2005 e REsp 827.288/RO, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJe 22/06/2010.
5. Reexame Necessário conhecido para reformar parcialmente a sentença.
6. Apelação Cível conhecida e parcialmente provida para o fim de reformar parcialmente a decisão impugnada, reduzindo os honorários advocatícios para 5% (cinco por cento) do valor do débito apontado na ação executiva, a serem corrigidos a partir do ajuizamento da ação (§ 2º do art. 1º da Lei nº 6.899/81)." (TJCE. Apelação / Reexame Necessário 348495200080601581 Relator(a) Desembargador: FRANCISCO BARBOSA FILHO. Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 14/12/2011)

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRELIMINAR VERIFICADA DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE DUPLICATA. NÃO CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO. SENTENÇA MODIFICADA NOS SEUS FUNDAMENTOS. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA MANTIDOS.
1 - A preliminar instalada de ofício versa sobre a ausência de documento necessário para a instrumentalização adequado da execução, qual seja: a duplicata acostada no seu original. O exequente juntou aos autos somente uma relação de medicamentos que teriam sido entregues à executada.
2 - Ademais, o exequente não efetuou o protesto e não acostou o documento hábil comprobatório da entrega e do recebimento da mercadoria, conforme determina a lei.
3 - Verifica-se que o meio utilizado, a ação executiva, fora completamente inadequada, o que ocasiona a carência de ação por causa da não observância acerca do interesse processual, eis que esta é composta pelo binômio necessidade-adequação, conforme balizada doutrina. Destarte, demonstrada a inadequação do meio utilizado. Preliminar conhecida de ofício.
4 - Em relação aos honorários sucumbenciais mantenho o percentual arbitrado pelo juízo *a quo*.
5 - Recurso de Apelação conhecido e NEGADO provimento, ao passo que de ofício modifico a fundamentação da sentença pelos fundamentos acima exarados, ou seja, extinção do processo em face do interesse processual."
(TJCE. Apelação 1646925200080601171 Relator(a) Desembargador: FRANCISCO SUENON BASTOS MOTA Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível. Data de registro: 13/03/2012)

"EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INCIDENTAL DE EMBARGOS À EXECUÇÃO. DUPLICATA SEM ACEITE. NÃO EMISSÃO DE FATURAS. AUSÊNCIA DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE RECEBIMENTO DE MERCADORIAS. PRELIMINARES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO E DE CERCEAMENTO DE DEFESA REJEITADAS.
Das preliminares.
1.1. Em primeiro lugar, esta 5ª Câmara Cível rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, pois o fato de a duplicata vir desacompanhada do comprovante de recebimento das mercadorias, não

impede o exame da matéria pelo Judiciário.
1.2. Em segundo lugar, também rejeita a preliminar de cerceamento de defesa, por afronta ao artigo 398 do CPC, isto porque no termo de audiência de folha 43 consta que o apelante tomou conhecimento dos referidos documentos, na medida em que afirma: "... o executado disse que não tinha nenhuma proposta para ser lançada, pois alegou que o débito atrasado de 90 e 91 também de responsabilidade de um de seus sócios, não era razão para assumir o débito e assim não lançou nenhuma proposta,..."(sic).
No mérito.
2.1. No caso de duplicata sem aceite, como na hipótese vertente, já que no documento de folha 05 não consta a assinatura do apelante, a cobrança da duplicata pode ser feita nos termos do artigo 15, II, da Lei nº 5.474/68, desde que o título venha acompanhado de prova do protesto e de documento compratório da entrega e do recebimento da mercadoria. Precedentes: REsp 450.628/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ 12/05/2003, p. 306; REsp 1014543/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 01/12/2008; e REsp 997.677/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 22/02/2010.
2.2. *In casu*, o exequente-recorrido não anexou aos autos da execução o comprovante de recebimento das mercadorias, mas tão somente o documento intitulado de duplicata e a xerocópia do instrumento de protesto (folhas 05/06), acostando apenas no ato de impugnação dos embargos à execução, os documentos de folhas 13/24 (pedidos de mercadorias). Estes, embora assinados pelo apelante, não provam que os produtos ali relacionados digam respeito especificamente ao débito cobrado.
Conclusão.
3.1. Recurso conhecido e provido.
3.2. Sentença reformada para o fim julgar procedente o pleito autoral, declarando insubsistente a penhora efetivada sobre os bens do apelante e condenando o apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em R$ 1.360,00 (Hum mil, trezentos e sessenta reais) com base no valor da causa atribuído à execução, com respaldo no artigo 20, § 3º, do CPC."
(TJCE. Apelação 47126813200080600000 Relator(a) Desembargador: FRANCISCO BARBOSA FILHO Comarca: Fortaleza Órgão julgador: 5ª Câmara Cível Data de registro: 30/08/2011)

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu:

" EMENTA: DUPLICATA. FALTA DE ACEITE. FATURA. NOTA FISCAL. FATURA. EXECUÇÃO. - Não pode ser cobrada executivamente duplicata sem aceite que vem acompanhada apenas de notas fiscais, pelas quais não se comprova que o título corresponde ao contrato de venda das mercadorias efetivamente entregues e recebidas. - Recurso não conhecido". (REsp 450.628/MG, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 12/11/2002, DJ 12/05/2003, p. 306).

"EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. TÍTULO EXTRAJUDICIAL

> DUPLICATA. AUSÊNCIA DE ACEITE. COMPROVANTE DE ENTREGA DAS MERCADORIAS OU PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.
> 1. A duplicata sem aceite reclama protesto e prova da prestação do serviço ou entrega de mercadoria para configurar título executivo extrajudicial, ante a *ratio essendi* da Súmula 248/STJ. Precedentes do STJ: REsp 898852/SP, DJ 04.08.2008; REsp 448.627/GO, DJ 03.10.2005; REsp 70.403/RS, DJ 15.05.2006 e REsp 427.440/TO, DJ 16.12.2002.
> 2. (...).
> 3. *In casu*, a duplicata desprovida de aceite, mercê da ausência de protesto e da prova da prestação do serviço, não constitui título extrajudicial hábil à propositura de ação executiva.
> 4. Recurso especial provido para reconhecer a inexigibilidade da duplicata *in foco*, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas pelo Recorrente".
> (STJ. REsp 1014543/MA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 01/12/2008).

Sustentou a parte apelante que merece reforma o julgado que condenou o ora recorrente, ao pagamento dos ônus sucumbenciais na base de 15% sobre o valor da execução. Neste caso verifica-se que referida condenação encontra-se excessiva, posto que o valor da execução nos autos em apenso encontra-se destacado em R$349.458,10 (trezentos e quarenta e nove mil, quatrocentos e cinquenta e oito reais e dez centavos). Com efeito, levando em consideração que a sentença não foi condenatória, indubitável que a verba honorária devida será aquela fixada mediante apreciação equitativa do juiz, atendendo ao disposto no art. 20, §4º. Deste modo, arbitro a verba honorária no valor fixo de R$3.000,00 (três mil reais), a serem pagos à parte apelada POSTES ARTEC LTDA, posto que se encontra adequada com os parâmetros desta Corte e em conformidade com o procedimento dos autos.

Desta forma, CONHEÇO DA APELAÇÃO CÍVEL, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, MODIFICANDO EM PARTE O *DECISUM A QUO* PARA REDUZIR O *QUANTUM* PELOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS PARA O VALOR FIXO DE R$3.000,00 (TRÊS MIL REAIS), art.20, §4º do CPC, a serem pagos à parte apelada POSTES ARTEC LTDA, mantendo os demais aspectos da sentença que julgou pela procedência dos Embargos à Execução, extinguindo a execução sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, art. 329 e art. 745 V, todos do CPC.

É como voto.

Fortaleza, 20 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº: 0029441-40.2007.8.06.0001
TIPO: REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: FORTALEZA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 6ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
IMPETRANTE: CAVALCANTE COMÉRCIO DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA
IMPETRADOS: SECRETÁRIO DO MEIO AMBIENTE E SECRETÁRIO EXECUTIVO REGIONAL 3 DO MUNICÍPIO DEFORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. SECRETÁRIO MUNICIPAL. RENOVAÇÃO DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE EMPRESA. CONDICIONAMENTO À PRÉVIA QUITAÇÃO DE DÉBITOS DO IPTU. OFENSA AO PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. SÚMULAS Nº 547, 323 E 70 DO STF E ART. 170, *CAPUT,* E SEU § ÚNICO DA CF/1988. ORDEM CONCEDIDA. SENTENÇA CONFIRMADA.

- A Súmula nº 547 do STF dispõe que "não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais".

- Mostra-se ilegal e abusiva a prática adotada pelos impetrados em condicionar a renovação do alvará de funcionamento de sociedade empresarial à prévia quitação de tributos em atraso porque o ato administrativo se constitui em sanção política e também inviabiliza o funcionamento da empresa. Violação ao art. 170, *caput,* seu § único da Carta de Princípios.

- Inteligência das Súmulas 323 e 70 do STF e 31 do TJCE.

Recurso conhecido, porém denegado. Sentença confirmada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexame necessário nº 0029441-40.2007.8.06.0001, em que são partes as indicadas.

Acordam os membros integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença de primeiro grau, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário suscitado pelo Juiz de Direito da 6ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza submetendo à análise do Tribunal de Justiça a sentença de fls. 136/138 proferida em sede de mandado de segurança impetrado pela sociedade empresarial Cavalcante Comércio de Produtos Farmacêuticos Ltda contra atos ilegais e abusivos praticados pelo Secretário Municipal de Meio Ambiente e Controle Urbano e também pelo Secretário Executivo Regional 3 da Prefeitura de Fortaleza.

A sentença: julgou ilegal condicionar a renovação de alvarás de funcionamento da impetrante ao prévio pagamento do Imposto sobre a Propriedade Territorial e Urbana lançado contra a autora do remédio heroico.

Remetidos à instância de segundo grau, fui designado relator.

Instada a se manifestar, a d. PGJ motivou a desnecessidade de intervenção ministerial (fls. 153/157).

É o relatório.

Feito que independe de revisão (art. 551 do CPC); solicito inclusão em pauta para julgamento.

VOTO

Recurso próprio (art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/2009).

A matéria em julgamento restringe-se ao alcance do art. 170 e seu § único da Carta Política, assim disposto:

> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> Parágrafo Único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.

A Súmula nº 547 do STF e a jurisprudência dos tribunais pátrios que não admitem que o Estado condicione o exercício da atividade empresarial por meio da renovação dos alvarás de funcionamento ao prévio pagamento de multas administrativas, vez que tal se constitui em sanção política, pois o Estado possui meios legais e idôneos para se satisfazer dos créditos tributários que forem objeto de lançamento tributário.

Por oportuno, cito as Súmulas nº 547, 70 e 323 do STF:

> Súmula 547:
> NÃO É LÍCITO À AUTORIDADE PROIBIR QUE O CONTRIBUINTE EM DÉBITO ADQUIRA ESTAMPILHAS, DESPACHE MERCADORIAS NAS ALFÂNDEGAS E EXERÇA SUAS ATIVIDADES PROFISSIONAIS.

> (Data de Aprovação: Sessão Plenária de 03/12/1969, Fonte de Publicação: DJ de 10/12/1969, p. 5935; DJ de 11/12/1969, p. 5951; DJ de 12/12/1969, p. 5999, Republicação: DJ de 11/6/1970, p. 2383; DJ de 12/6/1970, p. 2407; DJ de 15/6/1970, p. 2439)
>
> Súmula 70:
> É INADMISSÍVEL A INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMO MEIO COERCITIVO PARA COBRANÇA DE TRIBUTO. (Data de Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte de Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno, Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 56)
>
> Súmula 323:
> É INADMISSÍVEL A APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTOS. (Data Aprovação: Sessão Plenária de 13/12/1963, Fonte Publicação: Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Imprensa Nacional, 1964, p. 143)

Por analogia, aplicável também a Súmula 31 do TJCE:

> Súmula 31:
> Padece de ilegalidade e ilicitude a apreensão de mercadorias pelo fisco como forma coercitiva de pagamento de tributos, devendo a satisfação do crédito tributário ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo e jurisdicional próprios à sua constituição e execução, respectivamente.

Em primorosa lição, o tributarista Hugo de Brito Machado assim se posiciona:

> Entende-se como sanção política, no âmbito do Direito Tributário, a restrição ou proibição imposta, ou a exigência feita ao contribuinte como meio indireto para obrigá-lo ao pagamento do tributo. (*In* Fundamentais do ICMS, São Paulo, Ed. Dialética, 1997, p. 232)

Veja-se o que diz a jurisprudência pátria*:*

> PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ICMS. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO PARA EMISSÃO DE TALONÁRIO DE NOTAS FISCAIS. EXISTÊNCIA DE DÉBITOS COM A FAZENDA PÚBLICA. PRINCÍPIO DO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA. ARTIGO 170, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA N.º 547 DO STF.
> 1. O Poder Público atua com desvio de poder ao negar, ao comerciante em débito de tributos, a autorização para impressão de documentos fiscais, necessários ao livre exercício das suas atividades (artigo 170, parágrafo único, da Carta Magna).
> 2. A sanção, que por via oblíqua objetive o pagamento de tributo, gerando a

> restrição ao direito de livre comércio, é coibida pelos Tribunais Superiores através de inúmeros verbetes sumulares, a saber: a) "é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo" (Súmula n.º 70/STF); b) "é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos" (Súmula n.º 323/STF); c) "não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais" (Súmula n.º 547/STF); e d) "É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado" (Súmula n.º 127/STJ).
> 3. Destarte, é defeso à administração impedir ou cercear a atividade profissional do contribuinte, para compeli-lo ao pagamento de débito, uma vez que este procedimento redundaria no bloqueio de atividades lícitas, mercê de representar hipótese da autotutela, medida excepcional ante o monopólio da jurisdição nas mãos do Estado-Juiz.
> 4. Recurso especial desprovido.
> (REsp 783766/RS, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado 03/05/2007, DJ 31/05/2007, p. 349)

> Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. ANÁLISE DO PEDIDO DE CONCESSÃO DO LICENCIAMENTO AMBIENTAL E DO ALVARÁ DE FUNCIONAMENTO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL. EXIGÊNCIA DE PRÉVIO PAGAMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS Nº 70, 323 E 547 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DA SÚMULA Nº 31 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ. CONCESSÃO DA LIMINAR EM SEDE MANDAMENTAL.
> I - Constitui sanção política e não permitida pelo ordenamento jurídico condicionar a análise administrativa acerca para a concessão de alvará de funcionamento e de licença ambiental de estabelecimento comercial à prévia quitação de tributo municipal. Inteligência dos verbetes sumulares 70, 323 e 547 do Pretório Excelso e 31 do TJCE.
> II - Não se configura intromissão indevida do Poder Judiciário no mérito administrativo do ente municipal a concessão de liminar que determine à autoridade impetrada o exame da concessão do alvará de funcionamento de empresa comercial e da respectiva licença ambiental sem, antes, exigir a prévia quitação do imposto predial e territorial urbano.
> III - Escoimada a exigência administrativa tida como ilegal as autoridades coatoras emitiram as autorizações municipais necessárias ao exercício da atividade empresarial, procedendo, moto próprio, ao exame da observância dos demais requisitos legais, sem qualquer incursão do Poder Judiciário no mérito da administração pública.
> IV - Presença do *fumus boni juris et periculum in mora*. Recurso conhecido e improvido.
> (Agravo de Instrumento nº 17560-69.2007.806.0000/0, Rel. Desembargadora Gizela Nunes da Costa, Segunda Câmara Cível, data registro: 15/10/2009)

O Poder Público tem os meios judiciais para executar seus créditos,

inclusive desfrutando de prerrogativas processuais nas lides judiciais entre particulares, não justificando, pois, a prática de tais expedientes.

É de se destacar que a sentença *a quo* não vedou o exercício do poder de polícia das autoridades impetradas.

Isto posto e em consonância com o parecer da d. PGJ, conheço da remessa obrigatória, todavia, para negar-lhe seguimento, confirmando a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 30 de outubro de 2013.

PROCESSO Nº: 307-52.2006.8.06.0146/1
TIPO: REEXAME NECESSÁRIO
COMARCA: PINDORETAMA
REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA COMARCA DE PINDORETAMA
IMPETRANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO
IMPETRADO: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE PINDORETAMA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SENTENÇA CONFIRMADA.

– Em julgamento, remessa obrigatória contra sentença proferida em mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público objetivando dar cumprimento ao disposto na Lei nº 258/2005 do Município de Pindoretama, a qual instituiu o Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente e reservou uma vaga de membro titular e outra de suplente para a indicação do representante do *Parquet.*

- A recusa da autoridade impetrada em nomear os membros indicados pelo Ministério Público deveu-se ao fato de que um deles ajuizou uma demanda judicial contra o citado município, motivação que viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) e os da legalidade e impessoalidade (art. 37, *caput,* da Carta Magna).

- Inexistem nos autos quaisquer indícios que maculem a integridade pessoal e profissional do cidadão recomendado pelo MP, mostrando-se ilegal e abusiva a recusa à nomeação. Reexame necessário conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO:

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexame necessário nº 307-52.2006.8.06.0146/1, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso, mas para negar-lhe provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário suscitado pelo MM. Juiz de Direito da Comarca de Pindoretama para reavaliação da sentença (fls. 39/41) proferida em sede de mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra ato do Prefeito Municipal de Pindoretama.

A sentença em análise concedeu a segurança para o fim de determinar à autoridade coatora a nomeação e posse do sr. Francisco Agamenom de Sousa Bonfim na qualidade de membro titular do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente (COMDEMA) de Pindoretama na vaga indicada pelo Ministério Público.

A inicial da ação constitucional narra que a Lei nº 258/2005 criou o COMDEMA e requereu ao Promotor de Justiça da Comarca a indicação de um membro titular e outro suplente para a composição do citado conselho. Alega que encaminhou à autoridade competente o nome do sr. Francisco Agamenon Sousa Bonfim como titular e do sr. Tarcísio Holanda Costa como suplente, todavia recebeu um expediente sugerindo a substituição do primeiro porque se encontrava em litígio com o município e a sua atuação poderia constranger os demais membros do citado conselho.

Sustenta que a sugestão foi recusada pelo impetrante e mesmo assim o nome indicado pelo MP foi rejeitado.

Requereu a outorga da garantia constitucional para efetivar o comando expresso na Lei nº 258/2005 e preservar a prerrogativa conferida ao Ministério Público para indicar um membro titular e outro suplente para a composição do COMDEMA.

Instruiu a inicial com os documentos de fls. 06/17.

Medida liminar deferida às fls. 25/27.

O Município de Pindoretama peticionou comunicando que deu cumprimento à tutela de urgência (fl. 32).

Sentença às fls. 39/41 concessiva da segurança.

Suscitada a remessa obrigatória, foram os autos remetidos a esta Corte de Justiça.

Manifestação da douta Procuradoria de Justiça pugnando pela confirmação da sentença (fls. 55/58).

É o breve relatório.

Independendo de revisão (art. 551, *caput*, do CPC), inclua-se o presente feito em pauta de julgamento

VOTO

Recurso próprio, suscitado ainda na vigência do § único do art. 12 da Lei nº 1.533/1951.

A questão discutida nos autos refere-se à recusa da autoridade impetrada

em nomear e empossar o membro titular e o suplente indicados pelo representante do Ministério Público na Comarca de Pindoretama.

A Lei municipal nº 258/2005 assim dispõe:

> Art. 1º. Fica criado o Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente, integrante do sistema nacional e estadual do meio ambiente com o objetivo de manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial a qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo, preservá-lo e recuperá-lo para as presentes e futuras gerações.
>
> Art. 4º. O Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente será constituído por conselheiros que formarão o colegiado, obedecendo-se à distribuição partidária entre o Poder Público e a Sociedade Civil Organizada.
> § 2º. Será membro nato do Conselho Municipal de Defesa do Meio Ambiente pelo menos um representante do Poder Executivo local, da Câmara Municipal e do Ministério Público Estadual.

À fl. 15 repousa expediente firmado pelo Prefeito de Pindoretama sugerindo a substituição do membro indicado pelo *Parquet* pelo simples fato de que se encontra em litígio com a municipalidade, sem apresentar o motivo da demanda ou qualquer outra motivação que denegrisse a idoneidade moral e pessoal do cidadão.

E, quando remeteu ao ora impetrante cópia da Portaria nº 196/2006 que nomeou os membros do COMDEMA (fls. 21/23) pode-se aferir que a autoridade impetrada feriu prerrogativa legal do Ministério Público, haja vista que deixou de cumprir a norma inserta no art. 4º, § 2º, *in fine,* da Lei nº 258/2006, praticando ato ilegal e abusivo.

O art. 37, *caput,* da Constituição Federal prevê que a Administração Pública é regida, dentre outros princípios, pelo da legalidade, não podendo o administrador deixar de cumprir as previsões contidas na legislação Federal, Estadual e Municipal.

Hely Lopes Meirelles, na sua clássica obra Direito Administrativo Brasileiro, ensina que:

> A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput)*, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.
> (…)
> Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".
> (ob. cit., 32ª ed., Malheiros Editores: SP, pgs. 87/88)

A motivação utilizada pela autoridade coatora para "sugerir" a substituição do membro do COMDEMA indicado pelo impetrante não se mostra razoável porque o simples fato de litigar contra o Município de Pindoretama não tem o condão de desgastar a reputação do cidadão, desde que presente outra causa que legitimasse, do ponto de vista legal e constitucional, a substituição.

O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal enuncia o princípio fundamental da inafastabilidade da jurisdição, não se podendo aceitar que o cidadão seja tolhido de participar de órgãos representativos da comunidade pelo simples fato de haver ajuizado demanda judicial contra o Município de Pindoretama, ferindo, ainda, o princípio da impessoalidade.

Segundo o doutrinador antes citado, "o princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, *de forma impessoal"*.

O motivo da recusa é ilegal e arbitrário, não encontra suporte na lei e na Carta de Princípios, devendo ser afastado como bem julgou a magistrada *a quo*.

Em face do exposto e em harmonia com o parecer da d. PGJ, conheço do reexame obrigatório, mas para negar-lhe provimento, confirmando a sentença de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 22 de maio de 2013.

PROCESSO Nº: 3599-37.2002.8.06.0000/0
TIPO: APELAÇÃO
COMARCA: FORTALEZA
APELANTES/APELADOS: IPLASA – INDÚSTRIA DE PLÁSTICOS SALVADOR LTDA E MACHADO S/A – COMÉRCIO E INDÚSTRIA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. FALÊNCIA. INFRIGÊNCIA AO § 1º DO ART. 10 DO DEC.-LEI Nº 7.661/1945. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR OU DO REPRESENTANTE LEGAL DA SOCIEDADE EMPRESARIAL REQUERIDA. PROTESTO QUE SE MOSTRA IRREGULAR PARA CONFIGURAR A IMPONTUALIDADE E PERMITIR A QUEBRA DO DEVEDOR.

I – A Súmula nº 361 do STJ determina que "a notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu".

II – No caso dos autos, o instrumento de protesto não indica a pessoa que recebeu a notificação, apenas que se procedeu de forma regular.

III – Infringência ao art. 10, § 1º, da então vigente Lei de Falências.

IV – A irregularidade do protesto desconfigura a impontualidade da empresa para motivar a decretação da sua falência.

V – Pelo princípio da causalidade, é devida a condenação da autora ao pagamento dos ônus da sucumbência: custas processuais e honorários advocatícios, estes últimos arbitrados em 20% sobre o valor atualizado da causa na forma do art. 20, *caput,* e § 3º, da Lei de Ritos.

Apelações conhecidas: desprovido o recurso principal e provido o adesivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 3599-37.2002.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos,

negar provimento ao apelo principal e prover o adesivo, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelações cíveis interpostas contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 3ª Vara de Falência e Concordata de Fortaleza (fls. 52/55) que julgou extinto o pedido de falência sem análise do mérito, por impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, § 3º, do CPC, por considerar irregulares os protestos apresentados pela autora com a finalidade de provocar a quebra da empresa promovida.

Nas razões apelativas de fls. 63/72 a autora Iplasa – Indústria de Plásticos Salvador afirma que o pedido de decretação da falência da ré possui lastro no art. 1º do Decreto-Lei nº 7.661/1945, tendo em vista a existência de títulos de crédito que revelam a impontualidade no pagamento. Sustenta que o protesto da cambial é imprescindível para a caracterização da impontualidade, constituindo-se documento essencial para a propositura da ação falimentar e, neste sentido, o Tabelião certificou que intimou o responsável através da "forma regular", revestindo-se da forma prescrita no art. 883 e seu § único do CPC. Defende que não é necessário o protesto especial, sendo válido aquele realizado nos autos.

Requer a promovente o provimento do apelo para cassar a sentença.

Os autos foram remetidos a esta Corte de Justiça e sanadas nulidades como a intervenção do Ministério Público de primeiro grau (fls. 94/96) e a intimação da ré para apresentar contra-apelo, vieram aos autos o recurso adesivo de fls. 121/123 e a contrariedade recursal (fls. 126/128).

A promovida requereu a reforma da sentença para que a autora seja condenada à satisfação da verba honorária.

Em contrarrazões a ré pede a manutenção do *decisum* que julgou extinta a lide sem análise meritória.

Intimada a autora (fls. 130/131), esta preferiu não apresentar contrarrecurso.

A d. PGJ foi instada a se manifestar e opinou pelo desprovimento do apelo principal e provimento do adesivo (fls. 136/140).

É o relatório.

À eminente Revisora.

VOTO

Recursos tempestivos e cabíveis; preparo comprovado às fls. 73 e 124).

O apelo principal devolveu à apreciação recursal o tema relativo à desnecessidade de protesto especial para fins de decretação da falência.

O fundamento utilizado pelo Juiz sentenciante para extinguir a lide sem apreciação meritória, com fundamento no art. 267, VI, e seu § 3º, do Código de

Processo Civil, por haver constatado a impossibilidade jurídica do pedido, concernente à instrução da inicial sem a prova do protesto do título com atenção aos requisitos do art. 10, §1º, da então vigente Lei de Falências.

O pedido de falência com fundamento no art. 1º da anterior Lei de Quebra deve ser instruído com a prova da impontualidade do devedor, que deve obedecer às formalidades do §1º do art. 10 do Decreto-Lei nº 7.661/45 assim dispunha, *verbis:*

> Art. 10. *Omissis*
>
> §1º. O protesto pode ser interposto em qualquer tempo depois do vencimento da obrigação, e o respectivo instrumento, que será tirado dentro de 3 dias úteis, deve conter: a data, a transcrição, por extrato, do título com as principais declarações, nele inseridas, pela ordem respectiva; a certidão de intimação do devedor para pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta; a certidão de não haver sido encontrado, ou de ser desconhecido ou estar ausente o devedor, casos em que a intimação deve ser feita por edital, afixado à porta do cartório e, quando possível, publicado pela imprensa; assinatura do oficial do protesto e, se possível, a do portador.

No caso em estudo, o instrumento de protesto de fl. 17, embora firmado por Tabelião dotado de fé pública, não indica o atendimento aos requisitos formais previstos no já transcrito dispositivo legal, eis que não consta a pessoa que o recebeu, permitindo, nesta quadra, a cognição de possuir, ou não, poderes de representação da sociedade empresarial.

A legislação falimentar prevê a notificação pessoal do devedor ou do seu representante legal, sendo certo que não se publicou edital de intimação pela imprensa, mas, apenas, que o protesto de fl. 17 foi efetivado pela forma regular, mas sem o comprovante do recebimento pelo devedor.

O protesto falimentar é um ato solene, que somente poderá surtir efeitos caso sejam atendidas todas as exigências impostas pelo ordenamento jurídico.

A cientificação pessoal do devedor, portanto, não é uma forma que se presta a provar o seu conhecimento quanto à exigência da dívida, mas que constitui essencialmente o próprio ato de protesto, sem o qual não se poderá afirmar a existência válida do ato, impedindo, consequentemente, posterior demonstração de cientificação por qualquer outro meio.

Ou seja, trata-se a intimação pessoal do devedor de uma formalidade *ad solemnitatem e não ad probationem*.

Não provada a regularidade do protesto, para fins de quebra empresarial, a cártula cambial constante destes autos não se constitui em título executivo hábil à decretação da falência, como bem decidiu o ínclito Magistrado singular.

Salutar é a lição do professor Rubens Requião *(in*: Curso de Direito Falimentar, 1º volume, Editora Saraiva, 14ª edição, 1991, pg. 101):

> O protesto da obrigação líquida, especial para o requerimento de falência, constitui um ato público formal. O credor, para não ver posteriormente embaraçado o encaminhamento do processo pré-falencial, deve verificar se o protesto foi tirado regularmente. Muitos oficiais de protesto, por desídia, não procuram o devedor para intimá-lo pessoalmente, como manda a lei falimentar e o Código de Processo Civil, fazendo a intimação diretamente pela imprensa. Provando o devedor que a intimação foi irregular e, portanto, nula, o credor, em face dessa defesa oposta pelo devedor, pode ver denegada a falência requerida. Existe abundante jurisprudência a respeito, confirmando a sentença denegatória de falência.

A jurisprudência da Corte Uniformizadora Infraconstitucional é firme no sentido de comprovar a irregularidade do protesto que instruiu a presente ação falimentar, senão vejamos:

> FALÊNCIA. Protesto. Intimação da devedora. A falta de prova da intimação da devedora desqualifica o ato de protesto como pressuposto do pedido de falência. Precedentes.
> Recurso não conhecido.
> (REsp 167.137/SC, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ 08/05/2000 p. 97)

> COMERCIAL. PEDIDO DE FALÊNCIA. PROTESTO. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO PROTESTO. ORIENTAÇÃO PACIFICADA PELA 2ª SEÇÃO DO STJ.
> I. A notificação do protesto, para fins de requerimento de falência, exige a identificação da pessoa que a recebeu, em nome da empresa devedora, de sorte que inviável o pedido de quebra precedido de protesto feito por edital, sem qualquer prova, na dicção do aresto estadual, de que foi, antes, promovida a intimação pessoal de representante da requerida.
> II. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (Súmula n. 7-STJ).
> III. Recurso especial não conhecido.
> (REsp 472.801/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, 4ª TURMA, DJe 17/03/2008)

No mesmo teor a Súmula nº 361 do Superior Tribunal de Justiça:

> A notificação do protesto, para requerimento de falência da empresa devedora, exige a identificação da pessoa que a recebeu.

A exigência de que tal identificação deve conter os poderes de representação da sociedade empresarial prende-se aos inegáveis efeitos sociais que a quebra da empresa acarreta no meio negocial, fiscal e empregatício.

Este Tribunal já analisou a questão jurídica debatida nestes autos, posicionando-se da seguinte forma:

> EMENTA: DIREITO COMERCIAL. FALÊNCIA. PROTESTO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO §1º DO ART. 10 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO DEVEDOR OU DO REPRESENTANTE LEGAL DA SOCIEDADE EMPRESARIAL REQUERIDA. AUSÊNCIA. IRREGULARIDADE DO PROTESTO E DA CONFIGURAÇÃO DA IMPONTUALIDADE PARA PERMITIR, SOB O ASPECTO FORMAL, A QUEBRA.
> I - "A notificação do protesto, para fins de requerimento de falência, exige a identificação da pessoa que a recebeu, em nome da empresa devedora, de sorte que inviável o pedido de quebra precedido de protesto feito por edital, sem qualquer prova, na dicção do aresto estadual, de que foi, antes, promovida a intimação pessoal de representante da requerida (REsp 472.801/SP, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, DJe 17/03/2008)".
> II - Verificada a irregularidade no protesto, não se configura a impontualidade empresarial que motiva a decretação da falência.
> III – Extinção da lide sem apreciação moratória com fundamento no art.. 267, IV, ambos da Lei Adjetiva Civil. Sentença mantida.
> APELAÇÃO CONHECIDA, TODAVIA IMPROVIDA. (Apelação Cível nº 6402-27.2001.8.06.0000/0, Rel. Desembargador ADEMAR MENDES BEZERRA, julgado em 19/05/2010).

Verificada a irregularidade formal do protesto que instruiu a presente lide, deve-se reconhecer a impossibilidade jurídica do pedido de decretação da falência da sociedade empresarial promovida a ensejar a extinção do processo sem análise do mérito, com amparo no inc. VI do art. 267 da Lei de Ritos.

Como a relação processual foi efetivamente formada e a ré apresentou defesa (fls. 36 e vizinhas), necessária a condenação da autora a suportar os ônus da sucumbência: custas processuais e honorários advocatícios, de acordo com o princípio da causalidade (art. 20 do CPC), arbitrando a obrigação em 20% sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizado.

Diante do exposto e em consonância com o opinativo da d. PGJ, conheço das apelações e dou provimento apenas ao recurso adesivo para condenar a autora ao pagamento de honorários advocatícios à razão de 20% sobre o valor atualizado da causa.

É como voto.

Fortaleza, 21 de agosto de 2013.

REEXAME NECESSÁRIO Nº 0471313-17.2000.8.06.0000
RECORRENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS E DE CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRIDO: FRANCISCO FERREIRA AZEVEDO
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL.

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. REEXAME NECESSÁRIO. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA INDEVIDA. PROPRIETÁRIO DO BEM PENHORADO NÃO PERTENCE AO QUADRO SOCIETÁRIO DA EMPRESA. RECURSO DESPROVIDO.

1. É possível a interposição de embargos de terceiro como meio de fazer cessar gravame incidente sobre propriedade ou posse de bem móvel ou imóvel.
2. No caso em tela, houve penhora de bem de homônimo com um dos integrantes do quadro societário.
3. Sentença monocrática que concede provimento aos embargos de terceiro mantida.
4. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos , relatados e discutidos estes autos, acorda a A TURMA JULGADORA DA OITAVA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em conhecer do apelo, por tempestivo, para negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

VOTO

Conheço da presente remessa oficial, eis que apresenta todos os chamados requisitos intrínsecos e extrínsecos ao transpasse para o juízo de mérito.

A pretensão deduzida pela recorrente, consoante o evidenciado na petição vestibular, tenciona o fim do gravame incidente sobre a linha telefônica de propriedade do embargante.

Com efeito, observa-se, dos autos, que Francisco Ferreira de Azevedo, proprietário da linha telefônica, não possui relação com a executada Salomé Calçados Ltda. Ocorre que um dos sócios da empresa possui nome idêntico ao do embargante, tal fato é comprovado mediante análise dos documentos de identidade.

A despeito das considerações lançadas pela embargada, em sede de

preliminar, convenço-me que as mesmas deixaram de dispor de efeito, após as diligências requeridas pelo Ministério Público.

De princípio, convém transcrever as disposições do art.1.046 do Código Civil Brasileiro:

> Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, sequestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

Impõe-se destacar que não basta ter o desejo de afastar a ameaça sobre os bens, é imperioso que o embargante demonstre a efetiva e real ameaça ao seu direito, por meio de prova robusta e considerável. No caso em tela, apesar de não evidenciado na exordial, realizando um minucioso exame dos autos, conclui-se sem maiores dificuldades que a pretensão do embargante foi comprovada.

Partindo de tais balizamentos, observa-se que a penhora foi indevida, posto que o bem não pertence a empresa executada e a nenhum integrante do quadro societário.

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

> PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE TERCEIRO. AUSÊNCIA. COMPROVAÇÃO. AMEAÇA. CONSTRIÇÃO JUDICIAL. BENS. SÓCIA. EMPRESA. DISSÍDIO NÃO COMPROVADO.
> 1. Merece ser mantido o acórdão recorrido que rejeitou os embargos de terceiro manejados em caráter preventivo, em face da ausência de ameaça real ou iminente de constrição judicial sobre os bens da sócia da empresa, que fora citada no processo executivo, por equívoco da Vara da Secretaria, fato esse consignado expressamente pela sentença, bem como ao argumento de que não houve requerimento de diligências pela exeqüente nesse sentido.
> 2. Não obstante esta Corte admitir os embargos de terceiro mesmo quando não há ameaça efetiva de constrição (REsp nº 389.854/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 19.12.02), no caso concreto, foram elididos pela Corte a quo todos os argumentos que pudessem configurar
> qualquer indício que implicasse no redirecionamento da execução fiscal.
> 3. Ausência de similitude fática entre o precedente invocado como paradigma e o acórdão tido como divergente.
> 4. Recurso especial improvido.
> (REsp 214.525/CE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.08.2004, DJ 27.09.2004 p. 286)

Entende esse egrégio Tribunal acerca da matéria:

> EMENTA: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO AJUIZADOS PREVENTIVAMENTE. SÓCIA DE EMPRESA QUE NÃO APRESENTA PROVA SUFICIENTE

> DA AMEAÇA DE CONSTRIÇÃO DA POSSE DE BEM OU DIREITO SEUS. EXTINÇÃO DA PROMOÇÃO EMBARGATÓRIA CONFIRMADA. RECURSO DESPROVIDO.
> 1. É possível a interposição de embargos de terceiro como medida de prevenção ao esbulho e turbação de bens e direitos, desde que apresentada prova robusta neste sentido, não bastando a simples possibilidade ideal da constrição;
> 2. É, pois, medida inafastável a apresentação, pela ex-sócia de empresa que figura no pólo passivo de execução fiscal, de prova concreta da ameaça de constrição.
> 3. Sentença monocrática que extinguiu os embargos de terceiro mantida.
> 4. Recurso desprovido.
> (Apelação cível 208808200080600861, Relator(a): FRANCISCO SALES NETO, Órgão julgador: 1ª Câmara Cível, Data do julgamento: 26/01/2009, Data de registro: 20/02/2009)

Diante de todas essas razões, não se vislumbra qualquer razão a ensejar a reforma da r. sentença *a quo* que decidiu pela nulidade da penhora da linha telefônica do embargante.

Isto posto, diante de todos os fundamentos acima expendidos, e em consonância com o parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça, bem como com as jurisprudências invocadas, CONHEÇO da presente Remessa Oficial, NEGANDO-LHE PROVIMENTO, a fim de confirmar, *in totum,* os termos da r. sentença monocrática.

É como voto.

Fortaleza, 19 de julho de 2011

PROCESSO Nº 0047572-34.2005.8.06.0001 (APELAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA).
PROCESSO CONEXO Nº 0036945-68.2005.8.06.0001 (APELAÇÃO EM AÇÃO CAUTELAR).
APELAÇÕES CÍVEIS.
APELANTE: MUNICÍPIO DE PARAIPABA.
APELADO: SINDICATO DOS EMPREGADOS EM ESTABELECIMENTOS DE SERVIÇOS DE SAÚDE NO ESTADO DO CEARÁ – SINDSAÚDE.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES CONEXAS DE ORDINÁRIA DECLARATÓRIA E CAUTELAR. SENTENÇA ÚNICA. APELOS REPETIDOS. ANÁLISE CONJUNTA DAS IRRESIGNAÇÕES. AUSÊNCIA DE REPASSE DE MENSALIDADES AO SINDICATO DE EMPREGADOS CELETISTAS DO MUNICÍPIO DE PARAIPABA. AUTORIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS PARA DESCONTO EM FOLHA DE PAGAMENTO DAS REFERIDAS PRESTAÇÕES. PROTESTOS EM CARTÓRIO DO ENTE PÚBLICO TIDO COMO DEVEDOR. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE NOTIFICAÇÃO DO MUNICÍPIO PARA A DEDUÇÃO DA MENSALIDADE NOS CONTRACHEQUES E PARA O PLEITEADO REPASSE DA VERBA (ART. 545 DA CLT). ÔNUS DA PROVA DO RÉU (ART. 333, II, DO CPC). INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE O SINDICATO E O ENTE MUNICIPAL. CANCELAMENTO DOS PROTESTOS. EXCLUSÃO DO AUTOR DOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. DANOS MORAIS *IN RE IPSA*. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE. AUSÊNCIA DO DEVER DE REPARAR OS DANOS MATERIAIS ANTE A FALTA DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA OCORRÊNCIA DESSES PREJUÍZOS. AÇÃO CAUTELAR E ORDINÁRIA PROCEDENTES. APELOS CONHECIDOS E PROVIDOS.

1. A mensalidade sindical é uma colaboração facultativa paga pelo empregado a partir do momento em que se filia ao sindicato

representativo. Na espécie, os associados são profissionais contratados pelo Município de Paraipaba, portanto regidos pela CLT, a qual estabelece que os empregadores são obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus servidores, desde que por eles regularmente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados (art. 545).
2. Não basta que o trabalhador se filie a determinada entidade sindical e aceite pagar a prestação fixada, havendo um acordo entre essas duas partes, sem que o empregador, *in casu*, o Município de Paraipaba, tenha sido notificado desse ajuste, como exige o art. 545 do citado Diploma Legal.
3. Inexiste nos autos prova da ciência do ente municipal quanto ao seu dever de descontar a mensalidade sindical na folha de pagamento dos empregados. Ao contrário do que assevera a entidade, esta não comprovou haver notificado o apelante da filiação dos servidores para a realização do desconto nos contracheques e o repasse ao sindicato. Em verdade, o SINDSAÚDE deixou de notificar o município quando do registro dos sócios, apenas efetuando a cobrança das mensalidades dos servidores no ano de 2005, bem depois das admissões dos trabalhadores como associados, as quais ocorreram entre 1997 e 2003.
4. Aplica-se, portanto, ao caso em tablado, o art. 333, II, do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor." Desse modo, ante a ausência de comprovação da obrigação do recorrente de descontar e repassar os valores relativos à mensalidade sindical, não sendo considerado devedor o ente municipal, impõe-se o cancelamento dos protestos cartorários e a exclusão do apelante dos cadastros de restrição ao crédito.
5. No que concerne ao pleito de indenização por prejuízos de ordem moral, revela-se este possível em face da Súmula 227 do STJ, segundo a qual "a pessoa jurídica pode sofrer dano moral". Ademais, evidencia-se que o apelante foi incluído nos cadastros de restrição ao crédito pelo recorrido, embora inexistente qualquer obrigação do município relativamente à entidade sindical. Tal fato, por si só, já é suficiente para caracterizar o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano, o qual, saliente-se, dá-se *in re ipsa* nessas hipóteses de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, sendo desnecessário

ao lesado a comprovação de que haja sofrido um dano, porque este é presumido. Precedentes do STJ e desta Corte de Justiça. 6. Quanto ao pedido de ressarcimento por danos materiais, entretanto, não se verifica prova inequívoca que possa conduzir a um juízo seguro de convicção quanto à efetiva ocorrência desses prejuízos, no que se refere às despesas com viagens, certidões e emolumentos, pelo que descabe a condenação ao pagamento da respectiva indenização almejada pelo apelante. 7. Apelações conhecidas e providas, para reformar a sentença de primeiro grau, a fim de julgar procedente a demanda cautelar e parcialmente procedente a ação ordinária declaratória, afirmando a inexistência de débitos do Município de Paraipaba e condenando o SINDSAÚDE a providenciar o cancelamento definitivo dos protestos referidos no bojo da petição inicial e a exclusão do ente público dos cadastros de devedores, bem como a ressarcir o ora apelante pelos danos morais suportados, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), e a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios, estes fixados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais).

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em conhecer dos apelos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 22 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Tratam-se de apelações interpostas pelo Município de Paraipaba em face da sentença de fls. 135-138, proferida pela Juíza da 9ª Vara Cível desta Comarca, a qual julgou, de forma simultânea e em um único ato, improcedentes as ações cautelar (fls. 56-59 do processo nº 0036945-68.2005.8.06.0001) e ordinária declaratória (fls. 135-138 do processo nº 0047572-34.2005.8.06.0001) ajuizadas pelo ora recorrente, "por entender legítimo o comportamento do réu, que nada mais fez do que exercer o seu direito de tentar receber do promovente as contribuições que a este cabia descontar dos associados daquele, que para tanto lhe deram autorização expressa", condenando o ente público nas custas remanescentes e em honorários advocatícios arbitrados em R$ 1.000,00 (um mil reais).

Nas razões idênticas dos apelos interpostos nas ações cautelar (fls. 60-63 do processo nº 0036945-68.2005.8.06.0001) e ordinária (fls. 139-142 do processo nº 0047572-34.2005.8.06.0001), o Município alega, em suma, que não manteve qualquer relação jurídica com o SINDSAÚDE, pelo que não pode ser considerado devedor deste, bem como que inexiste norma que autorize a inclusão do ente público municipal em cadastro de restrição ao crédito pela falta de desconto de mensalidade sindical na folha de pagamento dos associados, tampouco que permita o protesto em cartório do ora recorrente. Ao final, pugna pela reforma integral da sentença adversada, com o cancelamento dos protestos cartorários e a exclusão do Município de Paraipaba dos cadastros de devedores.

Sem contrarrazões, conforme as certidões de fl. 65 da cautelar (processo nº 0036945-68.2005.8.06.0001) e fl. 143v da declaratória (processo nº 0047572-34.2005.8.06.0001).

É o relatório.

Fortaleza, 22 de março de 2013.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço dos recursos.

Aduz o SINDSAÚDE, em sua contestação (fls. 41-49 da ação ordinária - processo nº 0047572-34.2005.8.06.0001), que alguns servidores lotados em estabelecimentos de saúde do Município de Paraipaba são seus associados, os quais pagam uma mensalidade equivalente a 1,5% do salário mínimo, descontada de seus proventos pelo ente municipal e repassada ao sindicato com regularidade pela gestão anterior.

Cumpre esclarecer que os aludidos servidores são empregados contratados pela municipalidade para exercer diversas funções, tais como motorista, agente administrativo, auxiliar de enfermagem e cozinheiro, todos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Impende distinguir contribuição sindical de mensalidade sindical. A primeira configura uma prestação obrigatória, devida pelos trabalhadores que participam de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão, recolhida de uma só vez, anualmente, sendo regulada pelo art. 149 da Constituição Federal e pelos arts. 578 e seguintes da CLT.

Por sua vez, a mensalidade sindical é uma colaboração facultativa paga pelo empregado a partir do momento em que este se filia ao sindicato representativo. Comumente é recolhida por meio do desconto mensal em folha de pagamento, para o custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, em valor fixado por assembleia geral de cada categoria profissional. Ao contrário da contribuição

sindical, a mensalidade é exigível apenas dos filiados ao sindicato, nos termos da Súmula nº 666 do STF.

Acerca da mensalidade sindical, dispõe o art. 545 da CLT, *verbis*:

> Art. 545 - **Os empregadores ficam obrigados a descontar** na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, **as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados,** salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades. (Destaques)

Destarte, vislumbra-se que o recolhimento da prestação em referência envolve três polos: empregador, obreiro e sindicato. Faz-se necessário que cada um destes esteja ciente de suas obrigações para com os demais; é dizer, não basta que o trabalhador se filie a determinada entidade sindical e aceite pagar a prestação fixada, havendo um acordo entre essas duas partes, sem que o empregador, *in casu*, o Município de Paraipaba, tenha sido notificado desse ajuste, como exige o art. 545 consolidado.

Compulsando-se os fólios, observa-se que inexiste prova da ciência do ente municipal quanto ao seu dever de descontar a mensalidade sindical na folha de pagamento dos empregados. O SINDSAÚDE limitou-se a trazer aos autos da ação ordinária (processo nº 0047572-34.2005.8.06.0001) seu estatuto (fls. 52-71), fichas de registro de sócios (fls. 79-83), relação de filiados (fls. 87-91), propostas para admissão de associados (fls. 84-86), certidões e solicitações de cancelamento de protestos (fls. 72-78) após a concessão da medida cautelar ao município.

Destaque-se que nos cadastros de novos sócios (fls. 79-83 da ação ordinária) consta que o trabalhador autoriza o empregador a efetuar o desconto da mensalidade sindical dos seus salários em favor do SINDSAÚDE, em folha de pagamento, todos os meses, inclusive nas férias. Ocorre que não há indícios de que o ente público tenha sido comunicado desse ajuste, a fim de que pudessem ser exigidos da Administração a referida dedução e o repasse dos valores ao sindicato.

Assim, vislumbra-se que ao contrário do que assevera a entidade, esta não comprovou haver notificado o apelante da filiação dos empregados para a realização do desconto em folha de pagamento e o repasse ao sindicato. Em verdade, o SINDSAÚDE deixou de notificar o município quando do registro dos sócios, apenas efetuando a cobrança das mensalidades dos servidores no ano de 2005, conforme demonstram os documentos de fls. 16-37 da ação declaratória, bem depois das admissões dos trabalhadores como associados, as quais ocorreram entre 1997 e 2003, consoante as fls. 79-91 da demanda ordinária.

Ressalte-se que a documentação acostada pelo sindicato evidencia que somente 5 (cinco) profissionais concederam autorização para o desconto da mensalidade em seus contracheques (fls. 79-83 da ação ordinária).

Outrossim, mister asseverar que o recorrido não logrou provar suas alegações de que "o município demandante sempre descontou e repassou a mensalidade em favor

do sindicato réu", bem como que "somente a partir de modificações na composição política, por razões absolutamente desconhecidas, o gestor municipal passou a tratar com verdadeira incúria o repasse de tais valores" (fl. 44 da ação ordinária). Inexiste, nos autos, qualquer indício de formação de relação jurídica entre o SINDSAÚDE e o Município de Paraipaba, acordo entre ambos ou notificação do ente público visando o repasse de mensalidades sindicais, seja durante a presente gestão ou a anterior.

Aplica-se, portanto, ao caso em tablado, o art. 333, II, do CPC, segundo o qual o ônus da prova incumbe "ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor." Desse modo, ante a ausência de comprovação da obrigação do recorrente de descontar e repassar os valores relativos à mensalidade sindical, não sendo considerado devedor o ente municipal, impõe-se o cancelamento dos protestos cartorários e a exclusão do apelante dos cadastros de restrição ao crédito.

Passo à análise dos pedidos suscitados na peça inicial, relativos aos danos materiais e morais, com fulcro no art. 515, §1º, do CPC[1].

É cediço que a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, consoante a Súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça, motivo pelo qual se afirma ser plenamente cabível o ressarcimento de eventuais danos de cunho moral suportados pelo Município de Paraipaba, pessoa jurídica de direito público interno.

Importa mencionar que, para a comprovação da responsabilidade civil apta a ensejar a condenação do recorrido a indenizar o apelante por danos morais e materiais sofridos, é preciso que se configurem os seguintes pressupostos ou requisitos: a) dano; b) culpa do agente, em caso de responsabilização subjetiva e c) nexo de causalidade entre a atuação deste e o prejuízo. Ausente quaisquer deles, não estará configurado o direito à indenização.

A esse respeito dispõem os arts. 186 e 927, *caput*, do Código Civil:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

No caso em tablado, evidencia-se que o apelante foi incluído nos cadastros de restrição ao crédito pelo recorrido, embora inexistente qualquer obrigação do município relativamente à entidade sindical. Tal fato, por si só, já é suficiente para caracterizar o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano, o qual, saliente-se, dá-se *in re ipsa* nessas hipóteses de inscrição indevida em cadastro de inadimplentes, sendo

1 **CPC, Art. 515.** A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento da matéria impugnada. **§1º.** Serão, porém, objeto de apreciação todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro.

desnecessário ao lesado a comprovação de que haja sofrido um dano, porque este é presumido.

A propósito, a jurisprudência do STJ é iterativa em afirmá-lo:

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE INADIMPLENTES. COMPROVAÇÃO DO DANO MORAL. INAPLICABILIDADE. DANO *IN RE IPSA*. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
> 1. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem, no sentido de que não cabe falar em falta de comprovação do dano moral, uma vez que a inscrição/manutenção indevida do nome do devedor em cadastros restritivos de crédito geram dano moral *in re ipsa*, está em sintonia com a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Aplicável, portanto, à espécie, o óbice da Súmula 83 desta Corte. 2. Agravo regimental não provido.
> (STJ. AgRg no AREsp 190.658/RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado em 05/03/2013. DJe 12/03/2013)

> […] 2.- **Esta Corte já firmou entendimento que nos casos de inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*.** 4.- A intervenção do STJ, Corte de Caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o País e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo. 5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que, para a inscrição indevida do nome da Parte agravada em órgão de restrição ao crédito, foi fixado, em 30.05.2011, o valor da indenização em R$ 15.000,00 (quinze mil reais) a título de dano moral, consideradas as forças econômicas do autor da lesão. 6.- Agravo Regimental improvido.
> (STJ. AgRg no AREsp 265.510/SC**.** Relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgado em 19/02/2013. DJe 01/03/2013)

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. PESSOA JURÍDICA. PROVA DO DANO MORAL DESNECESSÁRIA.
> 1. Nos casos de inscrição irregular em órgãos de proteção ao crédito, o dano moral configura-se *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica. 2. Agravo regimental desprovido.
> (STJ. AgRg no Ag 1082609/SC. Relator Ministro João Otávio de Noronha, 4ª Turma. Julgado em 16/12/2010. DJe 01/02/2011)

No mesmo sentido, colacionam-se julgados desta Corte de Justiça:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONSUMIDOR. COBRANÇA INDEVIDA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE

> PROTEÇÃO AO CRÉDITO. DANO MORAL CONFIGURADO. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.
> 1. **A inscrição nos órgãos do sistema de proteção ao crédito decorrente de cobrança indevida dá ensejo à ocorrência de dano moral presumível, ou seja, *in re ipsa*, gerando o dever de indenizar.** 2. *In casu*, a promovente só soube da cobrança indevida em maio de 2004, quase 02 (dois) anos antes da ciência da inscrição, tendo seu nome figurado na rol dos mal pagadores por 19 (dezenove) dias, com retirada voluntária. 3. Pelas peculiaridades do caso em reexame, prudente a redução do valor arbitrado pelo Juízo monocrático a título de dano moral. 4. Recurso conhecido e parcialmente provido.
> (TJCE. Apelação Cível nº 246-70.2005.8.06.0036/1. Relator Washington Luís Bezerra de Araújo. 3ª Câmara Cível. Data de registro: 26/04/2011. Destaques)

> DIREITO DO CONSUMIDOR. INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTRO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CABIMENTO. PROVAS REALIZADAS EM AUDIÊNCIA. DESNECESSIDADE. JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTO. INVIABILIDADE *IN CASU*. RESPONSABILIDADE CIVIL CONFIGURADA.
> 1. Ao alegar fato extintivo do direito do autor, deveria o réu, na peça contestatória, acostar toda documentação indispensável para a comprovação dos fatos alegados, sob pena de preclusão. 2. Verificando o Magistrado singular que as provas documentais juntadas pelas partes seriam suficientes para o deslinde da controvérsia, portanto desnecessária a colheita de provas em audiência, é cabível o julgamento antecipado da lide. 3. Constatada a inscrição indevida do nome do consumidor em cadastro de inadimplentes, é prescindível a comprovação do abalo moral, por ser o dano aferido de pronto, comumente chamado de dano *in re ipsa*. 4. Recurso conhecido e desprovido.
> (TJCE. Apelação Cível nº 87-79.2005.8.06.0149/1**.** Relator: Fernando Luiz Ximenes Rocha. 1ª Câmara Cível. Data do julgamento: 29/06/2009. Data de registro: 06/07/2009)

Acerca do *quantum debeatur*, arbitro o valor da indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), importância que atende perfeitamente aos critérios de proporcionalidade e razoabilidade assentes em casos assemelhados descritos na jurisprudência do STJ, de modo a não só prestar-se a coibir a reincidência futura de iguais atos, como a compensar o recorrente sem constituir enriquecimento injustificado. Veja-se:

> Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R$ 10.000,00 (dez mil reais), devido pelo ora Agravante ao autor, a título de danos morais decorrentes de inscrição indevida em cadastro de proteção ao crédito.
> (STJ. AgRg no AREsp 260.587/SP. Relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgado em 19/02/2013. DJe 28/02/2013).

> Tratando de inscrição indevida em bancos de dados desabonadores, o STJ entende ser possível a fixação de indenização por danos morais em até 50 (cinquenta) salários mínimos.
> (STJ. AgRg no AgRg no Ag 1389717/RS. Relator Ministro Luís Felipe Salomão. 4ª Turma. Julgado em 05/02/2013. DJe 14/02/2013).
>
> Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixado o valor de indenização em R$ 40.000,00 (quarenta mil reais), devido pela ora Agravada à autora, a título de danos morais por inscrição indevida no cadastro de inadimplência.
> (STJ. AgRg no REsp 1350908/SC. Relator Ministro Sidnei Beneti. 3ª Turma. Julgado em 18/12/2012. DJe 04/02/2013)

No que tange ao dano material, entretanto, não assiste razão ao apelante, porquanto não se verifica prova inequívoca que possa conduzir a um juízo seguro de convicção quanto à efetiva ocorrência daquele prejuízo, haja vista a ausência de comprovação nos fólios dos danos patrimoniais com despesas de viagens, certidões e emolumentos (fl. 12 da ação ordinária), alegados pelo Município de Paraipaba.

Diante do exposto, **conheço dos apelos e dou-lhes provimento**, para reformar a sentença de primeiro grau, a fim de julgar procedente a demanda cautelar de nº 0036945-68.2005.8.06.0001 e parcialmente procedente a ação ordinária declaratória de nº 0047572-34.2005.8.06.0001, afirmando a inexistência de débitos do Município de Paraipaba e condenando o SINDSAÚDE a providenciar o cancelamento definitivo dos protestos referidos no bojo da petição inicial e a exclusão do ente público dos cadastros de devedores, bem como a ressarcir o ora apelante pelos danos morais suportados, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Considerando-se que o recorrente decaiu de parte mínima do pedido, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC[12], condeno o apelado ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em R$ 4.000,00 (quatro mil reais), com supedâneo no art. 20, §4º, do CPC.

É como voto.

12 **CPC, Art. 21.** Se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas. **Parágrafo único.** Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0056428-79.2008.8.06.0001.
APELANTE: WLADYERISSON SILVA OLIVEIRA E FRANCISCO DE ASSIS ALMEIDA FILHO.
APELADOS: EMPRESA JORNALÍSTICA "O POVO" LTDA., CIRO CÂMARA E RAFAEL LUIS.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. NOTÍCIA VEICULADA EM JORNAL. LIBERDADE DE EXPRESSÃO. ABUSO INEXISTENTE. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO. AUSÊNCIA DO DEVER DE REPARAÇÃO.

1. A controvérsia a ser dirimida na presente demanda versa sobre pleito indenizatório por danos materiais e morais decorrentes de matéria jornalística.
2. A liberdade de expressão tem *status* de direito fundamental em nossa ordem constitucional (Art. 5º, IV da CF/88). Por este motivo, somente em casos excepcionais, nos quais se exacerba os limites deste direito, agredindo a intimidade ou invadindo injustamente a vida privada de terceiros, é possível falar-se em indenização pelos danos morais.
3. As notícias jornalísticas "Jogos sob suspeita - manipulação" e "CBF pede precaução diante das denúncias" se mantiveram dentro dos limites do direito de informação, pois apenas divulgaram informações constantes da carta-denúncia veiculada por um ex-árbitro de futebol, não sendo observada a referência a fatos que violem o direito à intimidade ou de opinião que extrapole a normalidade da atividade jornalística.
4. Assim, tem-se que o ato indicado como gerador dos danos não se caracteriza como ilícito, pois, em verdade, revela a prática regular de prerrogativa reconhecida em nosso sistema jurídico, hipótese enquadrada entre as excludentes de ilicitude previstas no Art. 188 do Código Civil.
- Apelação conhecida e desprovida.
- Sentença mantida.
- Unânime.

ACÓRDÃO

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

0056428-79.2008.8.06.0001, 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 recurso interposto, para negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelação Cível interposta contra sentença que julgou improcedentes os pedidos da inicial.

O caso/a ação originária: Wladyerisson Silva Oliveira e Francisco de Assis Almeida Filho ajuizaram ação de indenização por danos materiais e morais decorrentes das notícias jornalísticas intituladas "Jogos sob suspeita - manipulação" e "CBF pede precaução diante das denúncias" nas quais foi imputada aos promoventes a tentativa de influenciar no resultado de jogos das Séries B e C do Campeonato Brasileiro e da Copa do Brasil. Os jornalistas Ciro Câmara e Rafael Luís (fls. 143/158) e a Empresa Jornalística "O Povo" Ltda. (fls. 168/182) contestaram a ação suscitando preliminares de inépcia da inicial e decadência e, no mérito, questionando que se limitaram à narração de informações sobre uma carta-denúncia do ex-árbitro catarinense Eduardo Barilari, mantendo-se no limite da liberdade de imprensa, o que afasta qualquer dever de indenização.

A sentença: o Juízo da 17ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza julgou improcedente a demanda (fls. 330/335). Transcrevo o dispositivo da sentença no que interessa:

> "Diante do exposto julgo IMPROCEDENTES os pedidos apresentados em Ação de indenização por Danos Morais e Materiais c/c Lucros Cessantes por WLADYERISSON SILVA OLIVEIRA e FRANCISCO DE ASSIS ALMEIDA FILHO em desfavor de EMPRESA JORNALÍSTICA "O POVO" LTDA, CIRO CÂMARA e RAFAEL LUÍS, com suporte nas considerações e transcrições acima.".

A apelação: inconformados, os promoventes interpuseram apelação (fls. 348/360) repisando os argumentos da inicial.

Contrarrazões, às fls. 366/374, na qual foi requerida a manutenção da sentença, em todos os seus termos.

É o relatório.

Revisão feita pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vera Lúcia Correia Lima.

VOTO

A controvérsia a ser dirimida na presente demanda versa sobre pleito

indenizatório por danos materiais e morais decorrentes de matéria jornalística.

Como sabido, a responsabilidade civil pressupõe a existência de um ato ilícito, do qual advenha um resultado danoso, e que entre o dano e a ação haja um nexo de causalidade. Ausente qualquer destes elementos restará afastada a obrigação de indenizar.

In casu, não restou caracterizada a presença de ato ilícito na conduta dos apelados.

Inicialmente, sobre este tema, cabe lembrar que a liberdade de expressão tem *status* de direito fundamental em nossa ordem constitucional (Art. 5º, IV da CF/88). Por este motivo, somente em casos excepcionais, nos quais se exacerba os limites deste direito, agredindo a intimidade ou invadindo injustamente a vida privada de terceiros, é possível falar-se em indenização pelos danos morais (Art. 5º, V da CF/88). No presente caso, não se vislumbrou qualquer excesso.

A Carta-denúncia do árbitro Eduardo Barilari, que veio a público em abril de 2008, tomou grande proporção na mídia nacional, tendo o seu conteúdo sido divulgado nos mais diversos meios de comunicação.

Da leitura do teor do mencionado documento (fls. 197/200) e da notícia jornalística em questão (fl. 69/70), é possível observar que os recorridos mantiveram-se dentro dos limites do direito de informação, pois apenas divulgaram os fatos, não sendo observada a referência a fatos que violem o direito à intimidade ou de opinião que extrapole a normalidade da atividade jornalística.

A veiculação de notícia que não macula a honra de pessoa nela referida, mas apenas informa um fato ocorrido, de conhecimento público, não gera dever de indenizar. Para tanto, exige-se a demonstração do abuso na reportagem. Porém, a referência à Carta elaborada por Eduardo Barilari, ausente de crítica abusiva contra a honra dos recorrentes, não é fato ensejador a reparação de dano moral.

O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre a liberdade de imprensa:

> "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO - DIREITO DE CRÍTICA - PRERROGATIVA POLÍTICO-JURÍDICA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL - MATÉRIA JORNALÍSTICA QUE EXPÕE FATOS E VEICULA OPINIÃO EM TOM DE CRÍTICA - CIRCUNSTÂNCIA QUE EXCLUI O INTUITO DE OFENDER - AS EXCLUDENTES ANÍMICAS COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO DO "ANIMUS INJURIANDI VEL DIFFAMANDI" - AUSÊNCIA DE ILICITUDE NO COMPORTAMENTO DO PROFISSIONAL DE IMPRENSA - INOCORRÊNCIA DE ABUSO DA LIBERDADE DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO - CARACTERIZAÇÃO, NA ESPÉCIE, DO REGULAR EXERCÍCIO DO DIREITO DE INFORMAÇÃO - O DIREITO DE CRÍTICA, QUANDO MOTIVADO POR RAZÕES DE INTERESSE COLETIVO, NÃO SE REDUZ, EM SUA EXPRESSÃO CONCRETA, À DIMENSÃO DO ABUSO DA LIBERDADE DE IMPRENSA - A QUESTÃO DA LIBERDADE DE INFORMAÇÃO (E DO DIREITO DE CRÍTICA NELA FUNDADO) EM FACE DAS FIGURAS PÚBLICAS

OU NOTÓRIAS - JURISPRUDÊNCIA - DOUTRINA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - A liberdade de imprensa, enquanto projeção das liberdades de comunicação e de manifestação do pensamento, reveste-se de conteúdo abrangente, por compreender, dentre outras prerrogativas relevantes que lhe são inerentes, (a) o direito de informar, (b) o direito de buscar a informação, (c) o direito de opinar e (d) o direito de criticar. - A crítica jornalística, desse modo, traduz direito impregnado de qualificação constitucional, plenamente oponível aos que exercem qualquer atividade de interesse da coletividade em geral, pois o interesse social, que legitima o direito de criticar, sobrepõe-se a eventuais suscetibilidades que possam revelar as pessoas públicas ou as figuras notórias, exercentes, ou não, de cargos oficiais. - A crítica que os meios de comunicação social dirigem a pessoas públicas (e a figuras notórias), por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade. - Não induz responsabilidade civil a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa, a quem tais observações forem dirigidas, ostentar a condição de figura notória ou pública, investida, ou não, de autoridade governamental, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. Jurisprudência. Doutrina. - O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, verdadeira "garantia institucional da opinião pública" (Vidal Serrano Nunes Júnior), por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material ao próprio regime democrático. - Mostra-se incompatível, com o pluralismo de idéias (que legitima a divergência de opiniões), a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado - inclusive seus Juízes e Tribunais - não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as idéias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa, não cabendo, ainda, ao Poder Público, estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição indevida aos "mass media", que hão de ser permanentemente livres, em ordem a desempenhar, de modo pleno, o seu dever-poder de informar e de praticar, sem injustas limitações, a liberdade constitucional de comunicação e de manifestação do pensamento. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência comparada (Corte Européia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol)."

(STF; AI 690841 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-150 DIVULG 04-08-2011 PUBLIC 05-08-2011 EMENT VOL-02560-03 PP-00295)

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se constata da seguinte ementa:

> "RESPONSABILIDADE CIVIL. NOTÍCIA JORNALÍSTICA QUE IRROGA A MOTORISTA DE CÂMARA MUNICIPAL O PREDICADO DE "BÊBADO". INFORMAÇÃO DE INTERESSE PÚBLICO QUE, ADEMAIS, NÃO SE DISTANCIA DA REALIDADE DOS FATOS. NÃO-COMPROVAÇÃO, EM SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA, DO ESTADO DE EMBRIAGUEZ. IRRELEVÂNCIA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE ABUSO DE DIREITO.
> 1. É fato incontroverso que o autor, motorista de Câmara Municipal, ingeriu bebida alcoólica em festa na qual se encontravam membros do Poder Legislativo local e que, em seguida, conduziu o veículo oficial para sua residência. Segundo noticiado, dormiu no interior do automóvel e acordou com o abalroamento no muro ou no portão de sua casa. Constam da notícia relatos da vizinhança, no sentido de que o motorista da Câmara ostentava nítido estado de embriaguez.
> 2. Se, por um lado, não se permite a leviandade por parte da imprensa e a publicação de informações absolutamente inverídicas que possam atingir a honra da pessoa, não é menos certo, por outro lado, que da atividade jornalística não são exigidas verdades absolutas, provadas previamente em sede de investigações no âmbito administrativo, policial ou judicial.
> 3. O dever de veracidade ao qual estão vinculados os órgãos de imprensa não deve consubstanciar-se dogma absoluto, ou condição peremptoriamente necessária à liberdade de imprensa, mas um compromisso ético com a informação verossímil, o que pode, eventualmente, abarcar informações não totalmente precisas.
> 4. Não se exige a prova inequívoca da má-fé da publicação ("actual malice"), para ensejar a indenização.
> 5. Contudo, dos fatos incontroversos, conclui-se que, ao irrogar ao autor o predicado de "bêbado", o jornal agiu segundo essa margem tolerável de inexatidão, orientado, ademais, por legítimo juízo de aparência acerca dos fatos e por interesse público extreme de dúvidas, respeitando, por outro lado, o dever de diligência mínima que lhe é imposto.
> 6. A pedra de toque para aferir-se legitimidade na crítica jornalística é o interesse público, observada a razoabilidade dos meios e formas de divulgação da notícia.
> 7. A não-comprovação do estado de embriaguez, no âmbito de processo disciplinar, apenas socorre o autor na esfera administrativa, não condiciona a atividade da imprensa, tampouco suaviza o desvalor da conduta do agente público, a qual, quando evidentemente desviante da moralidade administrativa, pode e deve estar sob as vistas dos órgãos de controle social, notadamente, os órgãos de imprensa.
> 8. Com efeito, na reportagem objeto do dissenso entre as partes, vislumbra-se simples e regular exercício de direito, consubstanciado em crítica jornalística própria de estados democráticos, razão pela qual o autor deve, como preço módico a ser pago pelas benesses da democracia, conformar-se com os dissabores eventualmente experimentados.
> 9. Recurso especial provido."

(REsp 680.794/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/06/2010, DJe 29/06/2010)

Em casos similares já se manifestou este egrégio Tribunal de Justiça, como se infere dos seguintes julgados:

"APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. IMPRENSA TELEVISIVA. LIBERDADE DE IMPRENSA. AUSÊNCIA DE CULPA. DEVER DE INDENIZAR NÃO CARACTERIZADO. APELO NÃO PROVIDO.
1. o juiz tem o poder-dever de julgar a lide, desprezando a produção de provas, ao constatar que o acervo documental é suficiente para nortear e instruir seu entendimento. É do seu livre convencimento o deferimento de pedido para a produção de quaisquer provas que entender pertinentes ao julgamento da lide.
2. A lide deve ser analisada, tão-somente, à luz da legislação civil e constitucional pertinente; o Pleno do STF declarou, no julgamento da ADPF nº 130/DF, a não recepção da Lei de Imprensa pela CF/88.
3. A honra e imagem dos cidadãos não são violadas quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas que são de interesse público.
4. Não se pode exigir que a mídia só divulgue fatos após ter certeza plena de sua veracidade; impor tal exigência à imprensa significaria engessá-la e condená-la a morte. O processo de divulgação de informações atende relevante interesse público, devendo ser célere e eficaz, razão pela qual não se coaduna com rigorismos próprios de um procedimento judicial.
5. A reportagem da recorrente indicou o recorrido como suspeito de abuso de poder. Para sustentar tal afirmação, amparou-se em elementos importantes, a saber: (i) a prova testemunhal de vítima que formalizou denúncia; e (ii) autorização do Comando Geral da PM. Não se tratava, portanto, de fofoca ou boato que, negligentemente, se divulgava em televisão regional.
6. A suspeita que recaía sobre o recorrido, por mais dolorosa que lhe seja, de fato, existia e era, à época, fidedigna.
7. Apelação a que se nega provimento, acolhendo o parecer do Ministério Público".
(TJCE; Apelação cível 162902200280600000; Relator(a): LINCOLN TAVARES DANTAS; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 4ª Câmara Cível; Data de registro: 15/07/2010)

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO - NOTÍCIA VEICULADA MEDIANE IMPRENSA LOCAL - EXERCÍCIO REGULAR DO DIREITO - AUSÊNCIA DE PROVA DE ABUSO - DANO MORAL - NÃO CONFIGURAÇÃO - DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. Há aparente conflito de direitos fundamentais, quais sejam, o de livre manifestação e o da inviolabilidade da esfera íntima, quando se trata de liberdade de imprensa. Se, por um lado, é garantido aos meios de comunicação noticiar acontecimentos e expressar opiniões, por outro, não se pode olvidar a existência do direito dos cidadãos à inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem. Todavia, no caso em apreço, entendo que a parte ré ao divulgar uma notícia em que a parte autora foi, inclusive, processada criminalmente,

> o órgão de comunicação apenas agiu num exercício regular de direito, de modo que a honra e a imagem da autora não restou maculada. A meu ver ela não agiu com abuso ou má-fé, pois atuou dentro de suas prerrogativas, com *animus narrandi*. Sentença mantida. Recurso conhecido, mas improvido". (TJCE; Apelação 28466353200080600011; Relator(a): JUCID PEIXOTO DO AMARAL; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 6ª Câmara Cível; Data de registro: 13/03/2012)

Assim, tem-se que o ato indicado como gerador dos danos não se caracteriza como ilícito, pois, em verdade, revela a prática regular de prerrogativa reconhecida em nosso sistema jurídico, hipótese enquadrada entre as excludentes de ilicitude previstas no próprio Código Civil, conforme se depreende da leitura de seu Art. 188:

> "Art. 188. Não constituem atos ilícitos:
> I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;
> II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente." (destacamos)

Acerca do assunto, discorre a autora Maria Helena Diniz (*In*: Código Civil Anotado. Ed. Saraiva, 2002, p. 15.):

> "se alguém no uso normal de um direito lesar outrem não terá qualquer responsabilidade pelo dano, por não ser um procedimento ilícito. Só haverá ilicitude se houver abuso do direito ou seu exercício irregular anormal".

Por tais razões, não há que se falar em condenação por danos morais.

DISPOSITIVO

Assim, por todo o exposto, conheço e nego provimento à apelação, confirmando a decisão de primeira instância, para o fim específico de declarar a inexistência de ato ilícito que imponha o dever de reparar.

É como voto.

Fortaleza, 21 de agosto de 2013.

PROCESSO Nº 0062499-78.2000.8.06.0001.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: ESTADO DO CEARÁ.
APELADO: FRANCISCO LADSTON MATIAS.
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. MILITAR COM TRANSTORNO ESQUIZOAFETIVO. EXCLUSÃO A BEM DA DISCIPLINA DURANTE LICENÇA PARA TRATAMENTO DE SAÚDE. ILEGALIDADE. INCAPACIDADE DEFINITIVA DO POLICIAL ATESTADA POR PERÍCIA MÉDICA. PREVISÃO DE REFORMA *EX OFFICIO* NO ESTATUTO DOS MILITARES. SOLDO DEVIDO NO GRAU HIERÁRQUICO SUPERIOR AO DA ATIVA. PRECEDENTES DO STJ E DOS TRFS. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA DO AUTOR (ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS ARBITRADOS EM OBSERVÂNCIA AO ART. 20, §4º, DO CPC. SENTENÇA MANTIDA INTEGRALMENTE. APELAÇÃO DESPROVIDA.

1. O autor, ora recorrido, foi efetivamente excluído em 07.03.1985, quando se encontrava em licença para tratamento de saúde por 30 (trinta) dias, de 06 de março a 06 de abril de 1985. A referida licença é direito do policial militar, nos termos do art. 49, III, "i", da Lei nº 10.072/1976 (Estatuto dos Policiais Militares do Ceará), vigente à época da exclusão do apelado da Corporação.

2. Inexiste no Estatuto qualquer dispositivo que permita a exclusão a bem da disciplina de militar que esteja em gozo de qualquer afastamento temporário, havendo a previsão tão somente de interrupção de algumas modalidades de licença (para tratar de interesse particular, para tratamento de saúde de dependente e especial), nos casos específicos elencados no art. 67, §1º. Assim, ao expulsar o recorrido da PMCE enquanto este se encontrava licenciado para tratar de sua saúde, a Administração afrontou os princípios da legalidade e da razoabilidade, motivo pelo qual tal ato merece ser anulado.

3. As licenças concedidas pelos médicos da Junta Militar de Saúde indicam que o autor já sofria de transtornos mentais

à época em que se encontrava na Corporação, o que foi corroborado pela perícia médica realizada pelo juízo. Nesse contexto, a legislação militar dispõe que aquele que não tiver capacidade para exercer as suas funções deverá ser reformado *ex officio*, pelo que se impõe a nulidade do ato de exclusão do recorrido a bem da disciplina. Precedentes do STJ.
4. A perícia médica diagnosticou o recorrido como portador do transtorno esquizoafetivo, doença incapacitante, restando configurada a incapacidade para o exercício das funções, apta a ensejar a passagem do militar para a inatividade, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente imediato ao que possuir na ativa, nos termos do art. 98 da Lei nº 10.072/76. Precedentes dos TRFs.
5. Quanto ao pedido de redução da condenação em honorários advocatícios, tendo em vista que o apelado decaiu de parte mínima do pedido, deve o Estado do Ceará responder inteiramente por essa verba (art. 21, parágrafo único, do CPC). Ao fixar os honorários devidos ao patrono do autor, a magistrada *a quo* apreciou os fatores previstos no art. 20, §4º, do CPC, realizando um juízo de valor diante do caso concreto, considerando tratar-se de demanda ajuizada em 28.02.1986, com diversas petições elaboradas pelo referido causídico ao longo dos anos, inclusive com a apresentação de memoriais. Outrossim, o Estado do Ceará não se desincumbiu de fundamentar sua alegação de que a condenação referente à verba honorária foi fixada em valor exorbitante, não se vislumbrando motivo para a redução da verba honorária arbitrada.
6. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

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

Fortaleza, 22 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de apelação cível interposta pelo Estado do Ceará em face de

sentença proferida pelo Juízo da Vara da Auditoria Militar da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação ordinária ajuizada por Francisco Ladston Matias contra o ora insurgente, a qual foi julgada procedente para condenar o ente público a reintegrar o apelado à Polícia Militar e, em seguida, reformá-lo com a remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao que possuía na ativa, desde a data de sua expulsão (fls. 208-215).

Em razões recursais (fls. 218-227), o Estado do Ceará defende, em suma que: a) o ato de expulsão foi necessário diante das diversas punições disciplinares existentes; b) não há comprovação de que o distúrbio mental do apelado tenha sido adquirido após sua inserção nos quadros da Polícia Militar; c) em caso de eventual provimento do apelo, deve ser reduzida a condenação em honorários advocatícios.

Transcorrido *in albis* o prazo para contrarrazões, consoante certidão de fl. 230.

A Procuradoria Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 242-246).

É o relatório.

VOTO

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

Inicialmente, cumpre ressaltar que ao contrário do que alega o Estado do Ceará em seus memoriais (fl. 177), o autor, ora recorrido, foi efetivamente excluído em 07.03.1985 (fl. 10), quando se encontrava em licença para tratamento de saúde por 30 (trinta) dias, de 06 de março a 06 de abril de 1985 (fl. 09).

Sabe-se que a referida licença é direito do policial militar, nos termos do art. 49, inc. III, alínea "i", da Lei nº 10.072, de 20 de dezembro de 1976, a qual dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Ceará, vigente à época da exclusão do apelado da Corporação. Nesse contexto, o art. 64 da supracitada norma estabelece que "licença é a autorização para o afastamento total do serviço, em caráter temporário, concedido ao policial militar, obedecidas as disposições legais e regulamentares", podendo ser, conforme o parágrafo único daquele artigo, "especial; para tratar de interesse particular; para tratamento de saúde de dependente, legalmente reconhecido, e para tratamento de saúde própria".

Ressalte-se que não há no Estatuto qualquer dispositivo que permita a exclusão a bem da disciplina de militar que esteja em gozo de qualquer afastamento temporário, havendo a previsão tão somente de interrupção de algumas modalidades de licença (para tratar de interesse particular, para tratamento de saúde de dependente e especial), nos casos específicos elencados no art. 67, §1º.

Assim, verifica-se que ao expulsar o recorrido da PMCE enquanto este se encontrava licenciado para tratar de sua saúde, a Administração afrontou os princípios

da legalidade e da razoabilidade, motivo pelo qual tal ato merece ser anulado.

No tocante às demais questões suscitadas pelo recorrente, acompanho, na íntegra, o parecer lançado pela Procuradora de Justiça Maria Gleuca Pinheiro Viana Martins, ao se manifestar sobre o mérito da presente demanda, por trazer fundamentação suficiente para o deslinde do *mandamus*.

Assim, adoto-o como fundamento desta decisão, ao estilo do que é praxe na Suprema Corte, quando a qualidade das razões permite sejam subministradas pelo relator (Cf. ACO 804/RR, Relator Ministro Carlos Britto, DJU 16.06.2006; AO 24/RS, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU 23.03.2000; RE 271771/SP, Relator Ministro Néri da Silveira, DJU 01.08.2000; dentre outros). Veja-se (fls. 243-246):

> No que diz respeito à sentença vergastada, a nosso sentir, não assiste razão ao apelante, senão vejamos.
> No que tange ao ato de exclusão do autor da Polícia Militar, o apelante alega que fora motivado pelas várias punições disciplinares, que os transtornos de personalidade apenas causam uma diminuição de responsabilidade e que não há certeza se a doença alegada apareceu após a expulsão do autor.
> No entanto, a nosso sentir, as licenças concedidas pelos médicos da Junta Militar de Saúde (fl. 98) indicam que o autor já sofria de transtornos mentais à época em que se encontrava na Corporação, sendo corroborados pela perícia médica realizada pelo juízo, conforme se vê às fls. 160/165.
> Havendo indicativos de transtornos mentais, era possível ao Comando da Polícia Militar apenas reformar o soldado, ora autor, em vez de excluí-lo da Instituição, conforme se depreende do art. 13 da Lei nº 10.280/79 (Art. 13 – **Recebidos os autos do processo do Conselho de Disciplina, o Comandante Geral, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, aceitando, ou não, seu julgamento e, neste último caso, justificando os motivos de seu despacho, determina:** I. Arquivamento do processo, se não julga a praça culpada ou incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade; II - a aplicação de pena disciplinar, se considera contravenção ou transgressão disciplinar a razão pela qual a Praça foi julgada culpada; III - a remessa do processo ao Auditor da Justiça Militar do Estado, se considerar crime a razão pela qual a Praça foi julgada culpada; ou **IV - a efetivação de reforma ou exclusão a bem da disciplina,** se considerar que: a - a razão pela qual a Praça foi julgada culpada, está prevista nos itens I, II ou IV do art. 2º; ou b - Se pelo crime cometido, previsto no item III do art. 2º, a Praça foi julgada incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade). Irrazoável, portanto, o ato de exclusão do policial militar ante os indicativos da sua doença mental.
> Nessa esteira de pensamento, o aresto a seguir colacionado:
>
> ADMINISTRATIVO. REFORMA. MILITAR. DOENÇA MENTAL. GRAU HIERARQUICAMENTE SUPERIOR. LEI 6.880/1980. **O MILITAR ACOMETIDO DE DOENÇA MENTAL INCAPACITANTE TEM DIREITO A REFORMA EM POSTO HIERARQUICAMENTE SUPERIOR**, NOS TERMOS DA LEI 6.880/1980. RECURSO CONHECIDO PARA QUE O RECORRIDO SEJA REFORMADO NA GRADUAÇÃO DE CABO.

> (Resp 65295/CE, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Data de julgamento: 17/02/1998, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/03/1998, p. 226)

No que se refere à reforma do militar, tem-se que o requisito essencial para a sua concessão é a incapacidade definitiva do militar para o exercício das funções.

Insta salientar que a perícia médica diagnosticou o autor como portador do transtorno esquisoafetivo. Tal transtorno psiquiátrico, conforme pesquisa realizada em artigos publicados na internet, é uma doença incapacitante. Senão vejamos:

> **O distúrbio esquisoafetivo é comum, crônico e frequentemente uma condição psiquiátrica incapacitante. Requer um complexo tratamento psicofarmacológico.** Alguns autores classificam o distúrbio esquisoafetivo como uma forma de esquizofrenia; outros, como uma variação dos transtornos de humor. É visto também como uma mistura heterogênea dos dois ou um distúrbio distinto destes. Segundo a literatura, esse conceito tem diso insatisfatório, alterando a confiabilidade dos critérios e a estabilidade do diagnóstico, podendo ser novamente considerado como um subtipo da esquizofrenia. O padrão específico de superposição entre os sintomas de humor e os sintomas psicóticos incongruentes com humor, identificados no critério do DSM-IV para o distúrbio esquizoafetivo, não parece definir uma síndrome a qual é qualitativamente diferente da esquizofrenia.
> (Revista de Pisiquiatria Clínica: Disponível em: <http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol28/n3/artigos/art120.htm>).

Destarte, resta configurada a incapacidade para o exercício das funções, capaz de ensejar a passagem do militar para a inatividade, com remuneração calculada com base no soldo correspondente ao grau hierarquicamente imediato ao que possuir na ativa, nos precisos termos do art. 98 da Lei nº 10.072/76.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria já tem se posicionado:

> PREVIDENCIÁRIO. CONCESSÃO DE APOSENTADORIA POR INVALIDEZ. LAUDO PERICIAL FAVORÁVEL AO AUTOR. DOENÇA CRÔNICA IRREVERSÍVEL E INCAPACITANTE PARA O TRABALHO. VERBA HONORÁRIA MANTIDA. 1. **A perícia efetuada pelo *expert* do Juízo concluiu que o autor é portador de psicose esquizoafetiva bipolar, doença crônica irreversível que o incapacita totalmente para o trabalho**. O exame realizado a cargo do perito da própria autarquia previdenciária chegou à conclusões idênticas. 2. Diante das conclusões periciais e considerando as limitações impostas pela própria doença, resta claro que o mesmo não tem condições de prover sua subsistência. 3. Aplicável o art. 42 da Lei 8.213/91 onde se estabelece que a aposentadoria por invalidez será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nessa situação. 2. O módico percentual de 10% (dez por cento) fixado na sentença recorrida, atende, sim, o disposto no artigo 20,

> § 4º, do CPC. 3. Recurso do INSS e remessa necessária improvidos. TRF 2ª Região, AC 311160 RJ 2002.02.01.041237-6, Relator: Desembargador Federal Liliane Roriz, Data de Julgamento: 13/12/2005, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU – Data: 11/01/2006 – Página: 83)

> ADMINISTRATIVO. MILITAR. **TRANSTORNO. ESQUIZOAFETIVO. DESINCORPORAÇÃO INDEVIDA. INCAPACIDADE DEFINITIVA. PRESENTES OS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA REFORMA COM PROVENTOS DO GRAU HIERARQUICAMENTE OCUPADO.** ART. 108, INCISO. VI, E III, INCISO II, DA LEI N.º 6.880/80. DESNECESSIDADE DE RELAÇÃO DE CAUSA E EFEITO ENTRE A DOENÇA E O SERVIÇO MILITAR. DANOS MORAIS EVIDENCIADOS. Apelação da União e remessa oficial desprovidas. Apelação do autor provida. (TRF 4ª Região, APELREEX RS 2006.71.00.050354-5, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 21/10/2008, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 10/12/2008)

> ADMINISTRATIVO. MILITAR. REFORMA. - Havendo prova cabal de transtorno esquizoafetivo tipo depressivo, incapacitante para o trabalho regular, de caráter irreversível, impõe-se a reforma de ofício, com remuneração calculada na base do soldo correspondente ao grau hierárquico imediato ao possuído na ativa, de conformidade com o disposto nos arts. 106, inc. II, 108, inc. V, 109 e 110, "caput" e § 1º, da Lei 6.880/80. (TRF 4ª REGIÃO, AC RS 2000.71.02.000250-0, Relator: VALDEMAR CAPELETTI, Data de Julgamento: 05/05/2004, QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/06/2004. PÁGINA: 1023)

Desta feita, a nosso ver, a comprovação de que o autor sofre de transtornos psiquiátricos, conforme constatado pelos laudos periciais, enseja a sua reforma, sendo indevida a sua exclusão da Instituição Militar.

Em relação aos honorários advocatícios, pensamos que deve ser mantida a quantia arbitrada pela juíza *a quo*, vez que apreciada de forma equânime, conforme o art. 20, §4º, do Código de Processo Civil.

Ante o exposto, a Procuradora de Justiça infrafirmada opina pelo conhecimento da Apelação Cível interposta, pois atende aos requisitos de admissibilidade inerentes à espécie, mas pelo seu **improvimento**, mantendo-se *in totum* a sentença ora vergastada.

Por último, no que tange ao pedido de redução da condenação em honorários advocatícios, tendo em vista que o autor decaiu de parte mínima do pedido, deve o Estado do Ceará responder inteiramente por essa verba, nos termos do art. 21, parágrafo único, do CPC.

Como é cediço, de acordo com o art. 20, §4º, do CPC, nas causas em que for vencida a Fazenda Pública, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do

serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

Destarte, observa-se que, ao fixar os honorários devidos ao patrono do autor, a magistrada de primeira instância apreciou os fatores supramencionados, realizando um juízo de valor diante do caso concreto, considerando tratar-se de demanda ajuizada em 28.02.1986 (fl. 03), com diversas petições elaboradas pelo referido causídico ao longo dos anos, inclusive com a apresentação de memoriais (fls. 170-174). Outrossim, o Estado do Ceará não se desincumbiu de fundamentar sua alegação de que a condenação referente à verba honorária foi fixada em valor exorbitante.

Assim, não se vislumbra motivo para a redução da verba honorária arbitrada, devendo ser preservada a sentença de primeiro grau também quanto a esse ponto.

Do exposto, conheço do presente recurso para **negar-lhe provimento**, mantendo incólume a decisão adversada.

É como voto.

PROCESSO Nº: 643674-37.2000.8.06.0001/1
TIPO: APELAÇÃO CÍVEL
COMARCA: FORTALEZA
APELANTE: BANCO SUDAMERIS S/A
APELADO: FRANCELINO GONÇALVES DE OLIVEIRA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: DIREITO DO CONSUMIDOR. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO COM CONSIGNAÇÃO EM FOLHA DE PAGAMENTO. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DE JUROS – NULIDADE DA SENTENÇA POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. PEDIDO NÃO FORMULADO NA INICIAL. OFENSA AOS ARTS. 128 E 458, II, DO CPC E À SÚMULA Nº 381 DO STJ.

I – A sentença é nula por infringência aos arts. 93, IX da CF/1988 e 458, II, do CPC porque não contém qualquer fundamentação quanto ao tema capitalização dos juros em período inferior a um ano.

II – No que diz respeito à cobrança cumulada de comissão de permanência com encargos de mora, fácil é a constatação de que não foi postulada na inicial a revisão do contrato com amparo neste argumento. Violação à Súmula nº 381 do STJ e aos arts. 128 e 458, II, do Código de Processo Civil.

Apelação conhecida e provida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de apelação cível nº 643674-37.2000.8.06.0001/1, em que são partes as retro indicadas.

Acordam os membros integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer e prover o recurso, cassando a sentença, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de apelação cível ajuizada contra a sentença de fls. 131/133 proferida pela Juíza de Direito da 13ª Vara Cível de Fortaleza que julgou procedentes em parte os pedidos formulados por Francelino Gonçalves de Oliveira em sede de ação revisional de cláusulas bancárias aforada em desfavor do Banco Sudameris S/A.

Na inicial da referida ação (fls. 02/19), o autor alega que firmou com o

réu um contrato de empréstimo com consignação em folha de pagamento no valor de R$ 3.800,84 para pagamento em 36 parcelas de R$ 208,47, mas que, no decorrer da relação obrigacional o promovido exigiu o pagamento de juros exorbitantes sobre o saldo devedor, sendo cabível a revisão judicial dos encargos para aplicar o Código de Defesa do Consumidor.

Requereu a limitação da taxa de juros à razão de 12% ao ano e a exclusão da capitalização mensal da citada taxa. Pediu a inversão do ônus da prova e a repetição em dobro do que foi indevidamente pago.

Anexou à proemial os documentos de fls. 20/28.

Contestação às fls. 37/45. Argui a legalidade dos encargos contratados.

Réplica às fls. 71/75.

Decisão antecipatória da tutela jurisdicional às fls. 83/85.

O réu comunicou a interposição de agravo de instrumento (fls. 90 a 96).

Informações à fl. 105.

Designada audiência de conciliação, porém frustrada a oportunidade para a transação porque as partes não se fizeram presentes (fl. 113).

Expediente comunicando a reforma da tutela de urgência (fls. 118/128).

Sentença alojada às fls. 131/133, após restar frustrada outra tentativa conciliatória.

Decidiu a magistrada sentenciante julgar legal a taxa de juros fixada no contrato, todavia excluiu da relação negocial a capitalização dos juros em período inferior a um ano. Julgou, ainda, ilícita a cobrança da comissão de permanência cumulada com outros encargos moratórios. Deixou de condenar as partes nos ônus sucumbenciais em virtude do decaimento recíproco.

O promovido propôs apelação (fls. 134/139) requerendo a reforma da decisão meritória.

Sustenta recorrente, nas razões apelativas, que a sentença não contém fundamentação quanto à tese relacionada à capitalização dos juros, violando o art. 93, IX, da CF/1988, além do que, defende tratar-se de acessório permitido pela legislação infraconstitucional. Aduz que a sentença ultrapassou os limites do pedido quanto à comissão de permanência. Requer, por fim, a reversão dos ônus de sucumbência. Preparo à fl. 140.

Recebida a apelação e intimado o apelado (fls. 145/146), o prazo para o oferecimento de contrarrazões transcorreu sem qualquer manifestação (verso da fl. 146).

É o relatório.

À revisão.

VOTO

Recurso próprio e tempestivo. Preparo comprovado à fl. 140.

A apelação devolveu à apreciação recursal três temas: a) nulidade da

sentença; b) legalidade da capitalização mensal dos juros; c) revisão *ex officio* quanto à comissão de permanência; e, d) reversão dos ônus da sucumbência.

Ao analisar o teor da sentença verifico que inexiste qualquer fundamentação no que toca à capitalização mensal dos juros, violando-se os arts. 93, IX, da CF/1988 e 458, II, do CPC.

E, no que tange à cumulação da comissão de permanência com os encargos moratórios, constato que houve ofensa aos arts. 128 do Código de Processo Civil o qual dispõe que "o juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte".

O princípio da adstrição do juiz ao pedido encontra-se conjugado com a disposição do art. 460 do CPC, que assim prescreve:

> Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado.

A Súmula nº 381 do STJ impede que o Juiz profira decisão em lides revisionais de contratos bancários sem o expresso requerimento da parte na inicial:

> Súmula nº 381:
> Nos contratos bancários, é vedado ao julgador conhecer, de ofício, da abusividade das cláusulas.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para reconhecer a nulidade da sentença quanto à capitalização mensal dos juros por falta de fundamentação e da cumulação da comissão de permanência com encargos de mora por se constituir em julgamento *extra petita.*

Revertem-se os ônus da sucumbência em razão do decaimento exclusivo do autor, uma vez que a sentença indeferiu o pedido de limitação dos juros remuneratórios.

Em face do deferimento do pedido de assistência judiciária aos necessitados, a exigibilidade das obrigações sucumbenciais ficam suspensas na forma do art. 12 da Lei nº 1.060/1950.

É como voto.

Fortaleza, 16 de outubro de 2013.

PROCESSO Nº 0700682-69.2000.8.06.0001
TIPO DA AÇÃO: APELAÇÃO CÍVEL
ORIGEM: AÇÃO DE COBRANÇA - 4ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA-CE
APELANTE: COMPANHIA LIBRA DE NAVEGAÇÃO
APELADO: IMPORTADORA CELI LTDA.
RELATOR: DES. VÁLDSEN DA SILVA ALVES PEREIRA
ÓRGÃO JULGADOR: 8ª CÂMARA CÍVEL

EMENTA: DIREITO COMERCIAL. CONTRATO DE TRANSPORTE MARÍTIMO INTERNACIONAL. SOBREESTADIA DE *CONTAINER*. *DEMURRAGE*. RESPONSABILIDADE DO IMPORTADOR / CONSIGNATÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO POR ILEGITIMIDADE PASSIVA.

1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à responsabilidade da recorrida pelo pagamento da sobre-estadia de *containers* utilizados no transporte marítimo de produtos por ela importados.

2. O *bill of lading* é contrato a que o consignatário se liga, mas, no caso dos autos, não possui cláusula que prevê o *demurrage*, de sorte que apenas a partir de tal análise já seria possível concluir que a recorrida não teria condições de conhecer os prazos, muito menos as sanções cabíveis caso retirasse a mercadoria após o decurso do *free-time*.

3. A recorrida só entrou na relação a partir da retirada da mercadoria, oportunidade em que firmou um "Termo de Retirada de Container", o qual percebe-se, a partir de análise perfunctória, não foi devidamente preenchidos nos espaços referente aos prazos discutidos.

4. A apresentação de documentos e planilha unilateralmente elaborada com os valores que a autora entende devidos, sem a necessária pactuação de condições, prazos e valores de sobre-estadia no contrato, não demonstra a existência do crédito buscado, ônus da autora (artigo 333, I, do CPC).

5. Recurso conhecido e 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 COMPANHIA LIBRA DE NAVEGAÇÃO, negando-lhe provimento, mantendo a decisão recorrida, nos autos da Ação de Cobrança, aviada em desfavor de IMPORTADORA CELI LTDA**.**, nos termos do voto do relator, o qual faz parte desta decisão.

VOTO

Inicialmente, tem-se que a controvérsia a ser dirimida nos presentes autos diz respeito à responsabilidade da recorrida pelo pagamento da sobre-estadia de *containers* utilizados no transporte marítimo de produtos por ela importados.

Afigura-se duvidosa a existência de relação jurídica entre as partes e, conseguintemente, de causa jurídica para a cobrança dos valores pleiteados, senão vejamos.

O *bill of lading* é contrato a que o consignatário se liga, ocorre que, no contrato constante de fls. 12/13, em que figuram como partes a Companhia Libra de Navegação e a Distribuidora Trigo Canuellas LTDA., apesar de conter carimbo endossando a Importadora Celi LTDA. nos direitos sobre a mercadoria, não possui cláusula que prevê o *demurrage*, de sorte que apenas a partir de tal análise já seria possível concluir que a recorrida não teria condições de conhecer os prazos, muito menos as sanções cabíveis caso retirasse a mercadoria após o decurso do *free-time*.

Soma-se a tal argumento o fato de que, como bem ilustrou o douto Juízo de Primeiro Grau, a recorrida só entrou na relação a partir da retirada da mercadoria, oportunidade em que firmou um "Termo de Retirada de Container" (fls. 64), o qual percebe-se, a partir de análise perfunctória, não foi devidamente preenchidos nos espaços referente aos prazos discutidos.

Assim, mesmo alegando, a apelante, que caberia à apelada preencher aquele Termo, este dispõe que o contrato de transporte (*bill of lading)* é que deve prever os prazos de retirada, de sorte que mesmo tendo sido a recorrida endossada no contrato originário, pactuado entre a recorrente e a Distribuidora Trigo Canuellas LTDA., estaria impossibilitada de conhecer tais prazos, haja vista não estarem previstos.

Ademais, a mercadoria foi liberada mesmo sem o devido preenchimento do "Termo de Retirada de Container" no que pertine aos prazos para início de contagem da sobre-estadia, o que caracteriza a boa-fé da retirante, ora apelada.

O negócio jurídico não será considerado existente se lhe faltar elemento essencial que a lei rotula de imprescindível; inexistente deve ser considerado o conhecimento de transporte sem assinatura do empresário ou de seu representante, ainda mais se, pretendendo ensejar cobrança de sobre-estadia, dele não conste o preço (valor da diária) em caso de devolução a destempo pelo consignatário.

Ensina Maria Helena Diniz:

> "Para que haja a responsabilidade do locatário e exportador a título de sobre-estadia, haverá necessidade de expressa previsão contratual, não só

> quanto ao período correspondente à estadia, mas também relativamente ao valor da multa, que deverá ser previamente estabelecido, ante o disposto nos arts. 566 e 567 do Código Comercial" (em Tratado Teórico e Prático dos Contratos, v. 4, p. 295)

Nas circunstâncias do caso, não seria possível cobrar valores relativos à obrigação não existente ou não contratada. Nesse sentido, a jurisprudência, *verbis*:

> [...] ATRASO NO CARREGAMENTO (DEMURRAGE). NAVIO CARGUEIRO. AUSÊNCIA DE CONTRATO DE INTERMEDIAÇÃO OU OBRIGAÇÃO DE ENTREGAR AS SACAS A TERCEIRO ADQUIRENTE. NEXO CAUSAL NÃO-CONFIGURADO. [...].
> Tal negócio jurídico foi celebrado sem qualquer espécie de participação da recorrida, que nenhuma obrigação assumiu perante a mencionada pessoa jurídica estrangeira. Cumpre ressaltar, desde logo, que a obrigação contratual firmada entre a recorrida e o IAA, em momento algum, fazia alusão a prazo de entrega a terceiro adquirente ou mesmo qualquer espécie de intermediação. […]
> Recurso especial improvido.
> (STJ. REsp 266504/PE, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJ 18/10/2004 p. 199).

> [...] Contrato - Transporte marítimo - Cobrança de sobreestadia de contêineres - Apresentação de *e.mails* e planilha unilateralmente elaborada com os valores que a autora entende devidos - Prazos e valores de sobreestadia e de *free time* não especificados na inicial - Impugnação de tais documentos pela ré - Não comprovação do crédito buscado pela demandante - Ônus do qual não se desincumbiu, a teor do artigo 333, I, do Código de Processo Civil. [...].
> Apelação desprovida.
> (TJ-SP. Apelação nº 7007745900, Relator José Reynaldo, 12ª Câmara de Direito Privado, julgamento: 05/08/2009).

> Ação de indenização - cobrança de sobreestadia (locação de "containers") - ausência de prova da contratação e da fixação do "free time" e do importe devido pela devolução atrasada – feito julgado extinto sem a apreciação do mérito - sentença mantida - recurso improvido.
> (TJSP. Apelação nº 917896500, Relator Coutinho de Arruda, 16ª Câmara de Direito Privado, julgamento: 08/09/2009).

Certo, pois, o d. Sentenciante.

Ante o exposto, cumpre assinalar que o douto juízo singular proferiu decisão que não merece reprimenda, devendo ser mantida a extinção do feito sem resolução do mérito, com fulcro no art. 267, VI, do CPC, por ilegitimidade do polo passivo.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2012.

APELAÇÃO CÍVEL
APELANTE: BANCO ITAÚ S/A
APELADO: ANTÔNIO ALVES DE SOUZA
PROCESSO: 0070298-02.2005.8.06.0001
RELATOR: FRANCISCO JOSÉ MARTINS CÂMARA

EMENTA: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO CONEXA COM AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. PROPOSITURA INDEVIDA DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO ENSEJADOR DE AÇÃO. INCLUSÃO NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO. PRELIMINARES AFASTADAS. DEVER DE INDENIZAR. DANO MATERIAL NÃO COMPROVADO. VALORAÇÃO DO DANO MORAL EXCESSIVO. REDUÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO PARA O VALOR FIXO DE R$8.000,00 (OITO MIL REAIS), E NÃO MAIS 20 (VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS). APELAÇÕES CÍVEIS CONHECIDAS, E PARCIALMENTE PROVIDAS. PROVIMENTO PARCIAL DO APELO APRESENTADO PELO BANCO ITAÚ S/A PARA A REDUZIR O DANO MORAL. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO À APELAÇÃO INTERPOSTO POR ANTONIO ALVES DE SOUZA PARA REFORMAR O *DECISUM* NO QUE TANGE À CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA. SENTENÇA CONFIRMADA NOS DEMAIS ASPECTOS.

1. Conforme destacado nas peças processuais, afirmou o promovente que nunca firmou contrato com o requerido e que fora surpreendido com a Ação de Busca e Apreensão com a indicação equivocada no seu nome e endereço para figurar no polo passivo do processo, tendo decorrido disso abalo moral e danos materiais por terem sido suspensas as compras de seus materiais de trabalhos metalúrgicos, tendo em vista restrição nos órgãos de crédito. Ademais, acrescentou que deve o Banco indenizá-lo pelo ato ilegal na má-prestação dos seus serviços, inscrevendo o nome do autor nos cadastros de restrição de crédito.

Ab initio, rejeito o argumento do BANCO ITAÚ de que a sentença merece ser nula por ausência de motivação.

Entende-se, em conformidade com as Cortes Superiores deste país, que a motivação aos julgados deve ser dada em conformidade com o entendimento do julgador, levando este ao *decisum* o embasamento legal para fundamentar e dar sustentáculo às suas razões de decidir. Perscrutando o que *in casu* fora recorrido, a sentença, esta encontra-se alicerçada nos pressupostos da legislação e doutrina pátrias, não merecendo reforma ou anulação em nenhum de seus aspectos.
Merece ser negado o pleito de que o recurso apelatório não pode prosperar, por falta de amparo legal, e por ausência de assinatura do causídico, posto que em conformidade com o STJ, e em análise às peças recursais, encontra-se a assinatura da parte recorrente às fls. 232 dos autos.
No que tange ao Recurso Adesivo à Apelação por parte de ANTONIO ALVES DE SOUZA, pugnando preliminarmente pelo pedido de gratuidade da justiça, entendo que o pleito merece ser deferido, porém condicionada a cobrança referenciada ao disposto no art. 12, da Lei 1.060/50.
No que refere à rejeição à negativa do dano material, vislumbro que o entendimento exposto pelo julgador merece ser confirmado. Em sede de contrarrazões o Banco Itaú bem explanou a *quaestio*, mencionando que o dano é elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil, e para que haja dever de indenizar faz-se necessária a cabal demonstração do dano sofrido e nexo de causalidade com a conduta do agente, o que não houve no presente caso.
Esta Corte de Justiça já entendeu: "A instituição financeira ao agir sem as devidas cautelas, propondo indevidamente ação de busca e apreensão, age com abuso de direito, pois exercita de maneira irregular seu direito e, por consequência, deve indenizar os prejuízos porventura causados, em harmonia com o princípio da boa-fé, orientador do ordenamento jurídico brasileiro. No caso dos autos, o dano moral está presente, uma vez que restou satisfatoriamente demonstrado que a propositura da ação judicial se deu de forma despropositada, pois o débito na qual se fundava em verdade não existia. O magistrado singular fixou a indenização pelos danos morais no valor correspondente a 30 (trinta) salários mínimos da época de sua prolação, patamar que não exorbita a justa medida para a hipótese. - Apelação conhecida e não provida. - Sentença confirmada. - Unânime. (TJCE. Apelação

157072200580601731. Relatora Desembargadora: MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE. 4ª Câmara Cível. Julgado em 09/09/2010)

Quanto ao pedido de danos morais, aventado pela apelante BANCO ITAÚ, para a sua redução, 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. Percebo que, na sentença atacada, o magistrado fixou a indenização em patamar que exorbita a justa medida para a hipótese. Na referida decisão, o arbitramento do dano na quantia acima referida mostrou-se inadequado às especificidades do casos, considerando, entre outras coisas, a condição financeira das partes, a repercussão do ato ilícito e o grau de culpa da instituição financeira. Reduzo o valor arbitrado em dano moral de 20 (vinte salários mínimos) para o valor fixo de R$8.000,00 (oito mil reais).

2. Apelações Cíveis Conhecidas, E PARCIALMENTE PROVIDAS. RECURSO INTERPOSTO PELO BANCO ITAÚ PARCIALMENTE PROVIDO SOMENTE PARA REDUZIR O VALOR DO DANO MORAL, DE 20 (SALÁRIOS MÍNIMOS) PARA O VALOR FIXO DE R$8.000,00 (OITO MIL REAIS), DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO À APELAÇÃO APRESENTADO POR ANTÔNIO ALVES DE SOUZA, PARA REFORMAR O DECISUM NO QUE TANGE À CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA AO REFERIDO RECORRENTE porém condicionada a cobrança referenciada ao disposto no art. 12, da Lei 1.060/50, MANTENDO O DECISUM A QUO NO DEMAIS ASPECTOS, QUE JULGOU, Parcialmente Procedente o pleito indenizatório, julgando extinta sem resolução do mérito a Ação de Busca e Apreensão conexa à presente Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Mantida a condenação nos ônus sucumbenciais arbitrada na sentença. Deverão incidir juros de mora de 1% ao mês a partir do ato ilícito e correção monetária a partir da data da sentença.

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 DAS APELAÇÕES CÍVEIS, PARA DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, RECURSO INTERPOSTO PELO BANCO ITAÚ PARCIALMENTE PROVIDO, MODIFICANDO O *DECISUM* SOMENTE PARA REDUZIR O DANO MORAL DE 20 (VINTE) SALÁRIOS MÍNIMOS PARA O VALOR FIXO DE R$8.000,00 (OITO MIL REAIS), DANDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO À APELAÇÃO APRESENTADO POR ANTÔNIO ALVES DE SOUZA, PARA REFORMAR O *DECISUM* NO QUE TANGE À CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA AO REFERIDO RECORRENTE, porém condicionada a cobrança referenciada ao disposto no art. 12, da Lei 1.060/50, MANTENDO O *DECISUM A QUO* NOS DEMAIS ASPECTOS, QUE JULGOU, Parcialmente Procedente o pleito indenizatório, no sentido de condenar o réu ao pagamento da indenização por danos morais, julgando extinta sem resolução do mérito a Ação de Busca e Apreensão conexa à presente Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão. Mantida a condenação nos ônus sucumbências arbitrados na sentença. Deverão incidir juros de mora de 1% ao mês a partir do ato ilícito e correção monetária a partir da data da sentença.

Fortaleza, 13 de agosto de 2013

RELATÓRIO

Tratam os autos de Apelações Cíveis em face de sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, em Ação de Busca e Apreensão conexa com Ação de Reparação de Danos, interpostas por BANCO ITAÚ S/A EM FACE DE ANTONIO ALVES DE SOUSA, no que refere à Ação de Busca e Apreensão, ocorrendo o inverso no que refere às partes na Ação de Reparação de Danos, julgando extinto sem resolução do mérito o processo de nº 25475.40.2005.8.06.0001/0, e no tocante ao mérito, julgando parcialmente procedente o pedido, no sentido de condenar o réu ao pagamento de indenização por danos morais da ordem de 20 (vinte) salários mínimos vigentes na data da prolação da sentença. Restou condenado o sucumbente com custas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% do valor da condenação, em respeito ao determinado no art.20, §4º, do CPC. O julgador a quo entendeu que volvendo-se ao mérito da ação que intenta condenação por danos materiais e morais, restou claro o equívoco do requerido em mandar citar pessoa diversa à relação contratual originária na ação de busca e apreensão de veículo.

Inconformado com o *decisum a quo*, O BANCO ITAÚ S/A em sede de Apelação, sustenta que a sentença merece ser nula tendo em vista que o julgador a quo não motivou seus argumentos de acordo com os elementos probatórios existentes nos autos. Aduz pela inexistência de danos morais, refutando o quantum indenizatório

arbitrado na sentença. Pugna pelo provimento do recurso para que seja anulada a sentença ou reformada se não for entendido conforme requerido anteriormente.

Contrarrazões, fls. 256/259, sustentando ANTONIO ALVES DE SOUZA que a Apelação interposta pelo Banco Itaú S.A, encontra-se sem assinatura, devendo ser negado provimento aos argumentos ali expendidos indevidamente, e, por conseguinte, mantendo-se a douta sentença quanto à condenação por danos morais, mas corrigindo-a na parte da omissão, face a ausência de pronunciamento e condenação do réu/recorrente ao pagamento do valor indenizatório por danos materiais.

Às fls.270/276, consta Recurso Adesivo à Apelação, por parte de ANTONIO ALVES DE SOUZA, pugnando preliminarmente pelo pedido de gratuidade de justiça. Ademais, sustenta que o recurso apelatório não pode prosperar, por falta de amparo legal, e por ausência de assinatura do causídico. Pugna pelo provimento do recurso adesivo, para que seja o Banco Itaú condenado ao pagamento de danos materiais no valor correspondente pelo menos de 10 (dez) vezes o valor que faturava mensalmente o recorrente, que era de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), por mês, ficando, para tanto, procedida a corrigenda da sentença do Juízo de primeiro grau, tendo em vista que ao proferir a decisão quanto ao nexo causal, deixou ocorrer omissão, por não haver se pronunciado quanto à condenação do recorrido no quantum devido ao pedido constante da proeminal.

Às fls. 300/305, constam as contrarrazões do Banco Itaú S/A, refutando os argumentos expendidos em sede do Recurso Adesivo, destacando que o juízo a quo deixou de acolher o pedido da condenação de danos materiais, restando demonstrado que o recorrente em nenhum momento processual provou o nexo causal de tal pretensão, caindo, portanto, por terra os pedidos formulados no Recurso Adesivo.

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 dos recursos de apelações encontram-se presentes, uma vez que, estes recursos foram protocolizados no prazo legal, ou seja, dentro do prazo quinzenal permitido pela lei.

Preparo devidamente quitado.

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.

Busca a parte apelante, BANCO ITAÚ S/A afirmar que a sentença merece ser nula tendo em vista que o julgador a quo não motivou seus argumentos de acordo com os elementos probatórios existentes nos autos. Sustenta que inexistem danos morais, refutando o quantum indenizatório arbitrado na sentença, pugnando pelo provimento do recurso para que seja anulada ou reformada a sentença. Em fls. 270/276, consta Recurso Adesivo à Apelação por parte de ANTONIO ALVES DE SOUZA, pugnando preliminarmente pelo pedido de gratuidade da justiça. Ademais, sustenta que o recurso apelatório não pode prosperar, por falta de amparo legal, e por ausência de assinatura do causídico. Pugna pelo provimento do recurso adesivo, para que seja o Banco Itaú condenado ao pagamento de danos materiais no valor correspondente pelo menos de 10 (dez) vezes o valor que faturava mensalmente o recorrente, que era de R$3.500,00 (três mil e quinhentos reais), por mês, ficando, para tanto procedida a corrigenda da sentença, tendo em vista que ao proferir a decisão quanto ao nexo causal, deixou ocorrer omissão, por não haver se pronunciado quanto à condenação do recorrido no quantum devido ao pedido constante da proeminal.

Inexiste razão para a modificação integral do *decisum* ora apelado, neste aspecto, 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*:

> "(...)
> Inicialmente, cabe ressaltar que a Ação de Busca e Apreensão deve ser extinta sem julgamento do mérito, por carência da ação – ilegitimidade passiva, tendo em vista figurar como demandado nesses autos, pessoa estranha à relação contratual objeto da mesma. Observa-se que a postulação ora intentada não se apresenta nos exatos termos do art. 3º, do Código de Processo Civil, o qual dispõe que "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".
> Volvendo-se para o mérito da ação que intenta condenação por danos materiais e morais e atentando detidamente aos autos reunidos, restou claro o equívoco do requerido em mandar citar pessoa diversa à relação contratual originária na ação de busca e apreensão de veículo.
> (...)
> A culpa strictu sensu decorre de comportamento negligente e imprudente do autor, violando, dessarte, um dever de diligência. Assim o critério para aferição da diligência exigível do agente, e, portanto, para caracterização da culpa, é o da comparação de seu comportamento como o do homo medius, do homem ideal, que diligentemente prevê o mal e precavidamente evita o perigo.
> (...)
> Para o caso em tela, fica claro que a autora tenciona receber indenização pelo chamado dano moral puro, que pode ser definido como a privação ou diminuição daqueles bens que têm um valor precípuo na vida do homem e que são a paz, a tranquilidade de espírito, a liberdade de poder praticar algo que lhe é agradável, sem ter impedimento de tempo para esta prática,

> por obstáculo resultante de ato impróprio de terceiros, entre outros valores. (...)
> Quanto aos danos materiais, estes não restaram comprovados nos autos. É que o atestado de fls. 45 apenas certifica que o demandante submeteu-se a procedimento médico desde fevereiro de 2004, inabilitando-o, desde então, às atividades que envolvam esforço físico. De igual modo, as testemunhas de fls. 172/173 relatam que a paralisação das atividades do requerente, deu-se, inclusive, em função de problemas clínicos "...Ai juntou a doença do promovente com a depressão" (fls.172)..."que o promovente até adoeceu, está tomando remédio controlado e não mais trabalhando por causa disso... Que depois da operação ele não está mais sadio". (fls. 173).
> Portanto, não há fundamento suficiente a embasar que o autor tenha se afastado das suas atividades laborais em decorrência exclusiva das supostas restrições de crédito para comprar matéria prima necessária à ministração do seu ofício, a ensejar ressarcimento por danos materiais. Assim, à míngua de elementos probantes acerca da configuração de lucros cessantes na espécie, indefiro o pedido autoral, quanto a este objeto.
> Diante do exposto, considerando o mais que dos autos consta, os princípios gerais de direito aplicáveis, a legislação vigente, a motivação supra, por sentença, para que surta seus jurídicos e legais efeitos, julgo extinto sem resolução do mérito o processo de nº 25475.40.2005.8.06.0001/0. No tocante ao mérito desta ação, hei por bem julgar parcialmente procedente o presente pedido, no sentido de condenar o réu ao pagamento da indenização por danos morais da ordem de 20 (vinte salários mínimos vigentes na data da prolação desta sentença.
> Arcará a sucumbente com custas processuais e honorários advocatícios, os quais arbitro em 10% do valor da condenação, em respeito ao determinado no art.20, §4º, do CPC."

Conforme destacado nas peças processuais, afirmou o promovente que nunca firmou contrato com o requerido e que fora surpreendido com a Ação de Busca e Apreensão com a indicação equivocada no seu nome e endereço para figurar no polo passivo do processo, tendo decorrido disso abalo moral e danos materiais por terem sido suspensas as compras de seus materiais de trabalhos metalúrgicos,tendo em vista restrição nos órgãos de crédito. Ademais, acrescentou que deve o Banco indenizá-lo pelo ato ilegal na má-prestação dos seus serviços, inscrevendo o nome do autor nos cadastros de restrição de crédito.

Ab initio, rejeito o argumento do BANCO ITAÚ de que a sentença merece ser nula por ausência de motivação. Entende-se, em conformidade com Cortes Superiores deste país, que a motivação aos julgados deve ser dada em conformidade com o entendimento do julgador, levando este ao decisum o embasamento legal para fundamentar e dar sustentáculo às suas razões de decidir. Perscrutando o que *in casu* fora recorrido, a sentença, esta encontra-se alicerçada nos pressupostos da legislação e doutrina pátrias, não merecendo reforma ou anulação em nenhum de seus aspectos.

Merece ser negado o pleito de que o recurso apelatório não pode prosperar, por falta de amparo legal, e por ausência de assinaturado causídico, posto que em

conformidade com o STJ, e em análise às peças recursais, encontra-se a assinatura da parte recorrente às fls. 232 dos autos, *in verbis:*

> "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL. PETIÇÃO DO RECURSO ESPECIAL AUSÊNCIA DE ASSINATURA NAS RAZÕES RECURSAIS E DE PEDIDOS. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO.
> 1. Incabível a alegação de ser o recurso inexistente, porquanto existente a assinatura do advogado na petição do recurso e o pedido é o que se pretende com a instauração da demanda e se extrai da interpretação lógico-sistemática das razões recursais, sendo de levar-se em conta os requerimentos feitos em seu corpo e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos", devendo ser levados em consideração, portanto, todos os requerimentos feitos ao longo da peça, ainda que implícitos. Precedentes.
> 2. Agravo Regimental improvido. (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp 143102 / RJ AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2012/0023941-6. Ministro Relator: SIDNEI BENETI TERCEIRA TURMA. Julgado em 09/10/2012)

Rejeito, igualmente, a sustentação do Apelante, BANCO ITAÚ, nos diversos aspectos sustentados referente ao mérito da Ação Indenizatória, posto que as provas presentes nos autos pelo autor tornam evidente que houve o dano moral, sendo este considerado *in re ipsa*, in casu, não havendo a necessidade de prova posto que o prejuízo de ordem psicológica é evidente.

Esta Corte de Justiça já se pronunciou sobre o assunto, em casos análogos ao que ora se perscruta, *in verbis*:

> "EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. COBRANÇA INDEVIDA. HOMÔNIMOS. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA QUE NÃO AGE COM A DEVIDA CAUTELA, E CAUSA TRANSTORNOS À APELANTE. DANOS MORAIS RECONHECIDOS NA SENTENÇA. RECURSO INTERPOSTO PELA AUTORA QUE BUSCA A MAJORAÇÃO DO *QUANTUM* ARBITRADO. DESPROVIMENTO.
> 3. Em exame, apelação cível interposta em sede de Ação de Indenização por Danos Morais, ajuizada em razão de alegada cobrança indevida efetuada pela instituição financeira recorrida.
> Sendo referida cobrança ocasionada em virtude de ter a autora/recorrente nome parcialmente homonímio à devedora que figura como ré nos autos da Ação de Busca e Apreensão Nº 2003.02.72235-1 ajuizada pela recorrida perante a 4ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, tem-se, na hipótese, fato ensejador de indenização de ordem moral, haja vista o descuido com que age a instituição financeira, ao não conferir os dados completos de seus clientes.
> Merece confirmação a sentença que julga procedente em parte o pedido inicial, e arbitra o valor de R$ 3.000,00 (três mil reais) a título de reparação moral, uma vez que se mostra tal quantia justa e razoável, levando-se em consideração que o nome da apelante sequer fora incluso nos cadastros de restrição ao crédito.
> 4. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida**."**(TJCE. Apelação

Cível 75856134200080600011. Relator Desembargador: FRANCISCO SALES NETO. 1ª Câmara Cível. Julgado em 27/03/2012)

"EMENTA: CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PROPOSITURA INDEVIDA DE AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO. INEXISTÊNCIA DE DÉBITO ENSEJADOR DA AÇÃO. ABUSO DE DIREITO. DANO MORAL CONFIGURADO.
1. A controvérsia a ser dirimida nos presentes autos versa sobre indenização por danos morais decorrente de ajuizamento indevido de ação de busca e apreensão em face de contratante que se encontrava adimplente em relação à parcela contratual que motivou a propositura da demanda.
A instituição financeira ao agir sem as devidas cautelas, propondo indevidamente ação de busca e apreensão, age com abuso de direito, pois exercita de maneira irregular seu direito e, por consequência, deve indenizar os prejuízos porventura causados, em harmonia com o princípio da boa-fé, orientador do ordenamento jurídico brasileiro.
No caso dos autos, o dano moral está presente, uma vez que restou satisfatoriamente demonstrado que a propositura da ação judicial se deu de forma despropositada, pois o débito na qual se fundava em verdade não existia.
5. O magistrado singular fixou a indenização pelos danos morais no valor correspondente a 30 (trinta) salários mínimos da época de sua prolação, patamar que não exorbita a justa medida para a hipótese. - Apelação conhecida e não provida. - Sentença confirmada. - Unânime."
(TJCE. Apelação 157072200580601731. Relatora Desembargadora: MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE. 4ª Câmara Cível. Julgado em 09/09/2010)

"EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. DANO MORAL. INSCRIÇÃO INDEVIDA NO SISTEMA DE INFORMAÇÃO DE CRÉDITO DO BANCO CENTRAL. PROVA DO DANO. DESNECESSIDADE. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. REDUÇÃO DO QUANTUM. JUROS DE MORA. SÚM. 54/STJ CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚM. 362/STJ.
1. O dano moral decorrente da inscrição indevida no Sistema de Informação de Crédito do Banco Central é considerado in re ipsa, isto é, não se faz necessária a prova do prejuízo, que é presumido e decorre do próprio fato;
2. Na espécie, a quantia arbitrada pelo juízo a quo mostra-se exagerada em relação a recursos semelhantes julgados por esta eg, Corte de Justiça e para tanto impõe-se a redução do quantum indenizatório.
3. No tocante a incidência de juros de mora e da correção monetária para os valores fixados a título de danos morais, estes devem incidir respectivamente desde o evento danoso (Súm. n. 54/STJ) e a data da prolação da decisão que estipulou essa indenização (Súm. 362/STJ);
4. Recurso conhecido e parcialmente provido.
(TJCE. Apelação 9048200580601121. Relator Desembargador: JUCID PEIXOTO DO AMARAL. 6ª Câmara Cível. Julgado em 30/06/2011)

Perscrutando a forma que bem analisou o magistrado a quo, não merece prosperar a sustentação em sede de apelação, posto que a alegativa de que o promovido

cometeu um ato ilícito e por isto é de sua obrigação reparar os danos causados ao prejudicado não foi devidamente demonstrado nos autos, devendo a Ação julgada improcedente ser mantida.

No que tange ao Recurso Adesivo à Apelação por parte de ANTONIO ALVES DE SOUZA, pugnando preliminarmente pelo pedido de gratuidade da justiça, entendo que o pleito merece ser deferido, porém condicionada a cobrança referenciada ao disposto no art. 12, da Lei 1.060/50.

No que refere à rejeição à negativa do dano material, vislumbro que o entendimento exposto pelo julgador merece ser confirmado. Em sede de contrarrazões o Banco Itaú bem explanou a quaestio, mencionando que o dano é elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil, e para que haja dever de indenizar faz-se necessária a cabal demonstração do dano sofrido e nexo de causalidade com a conduta do agente, o que não houve no presente caso.

Assim se posicionou esta Corte de Justiça, in verbis:

> "EMENTA: Civil. Apelação Cível. Ação Ordinária de Indenização. Danos materiais. Inexistência de comprovação dos reais prejuízos. Desacolhimento. Condenação em danos morais. Configuração. Quantum indenizatório razoável. Recurso conhecido e desprovido. Sentença mantida. Inicialmente, enxergo que é incabível a condenação por danos materiais, posto que falta prova de sua existência, conforme a própria sentença reconheceu, sob o fundamento de que o apelante deixou de comprovar os prejuízos patrimoniais e lucros cessantes a que teria direito indenizatório.
> Nessa matéria, não se pode desconsiderar o magistério, dentre outros, do grande Aguiar Dias: "não basta, todavia, que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial. É preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante." (Da Responsabilidade Civil, 6ª ed. 1979, v. I, pág.93/94).
> Destarte, em que pese a alegação do apelante de que, por conta da transação feita pelo Banco apelado, sem sua autorização, houve um decréscimo no valor contido em sua conta corrente, pelo que deixou de pagar o restante das prestações relativas à aquisição de um imóvel residencial em Fortaleza, e ainda perdeu a chance de adquirir uma cota da sociedade empresarial distribuidora dos produtos da BRAHMA, compulsando detidamente os autos, não restou comprovado os reais prejuízos que atingiram o seu patrimônio, além do que, sequer mencionou o aumento patrimonial que teria havido se tivesse adquirido a respectiva cota da distribuidora de cerveja.
> No tocante à configuração do dano moral, "malgrado os autores em geral entendam que a enumeração das hipóteses, previstas na Constituição Federal (que assegura o direito à dignidade da pessoa humana, a honra, a intimidade a imagem etc), seja meramente exemplificativa, não deve o julgador afastar-se das diretrizes nela traçadas, sob pena de considerar dano moral pequenos incômodos e desprazeres que todos devem suportar, na sociedade em que vivemos" (GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil

> Brasileiro, vol. IV, p. 380).
> Para evitar excessos e abusos, só se deve reputar como dano moral a dor, o vexame, o sofrimento 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 e irritação exacerbada estão fora dessa órbita, porquanto, além de fazerem parte do nosso cotidiano, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. 6. Na hipótese, não há dúvida, segundo a prova dos autos, que o ato praticado causou ao apelante constrangimento, vexame, menoscabo.
> Daí, porque, entendo que a quantia de R$ 10.000,00 (dez mil reais), fixado pelo douto juiz a quo, é razoável, observando a situação econômica do lesante, bem como a gravidade, a natureza e a repercussão da ofensa.
> 3. Recurso de apelação conhecido e desprovido. Sentença mantida."
> (TJCE. Apelação Cível 5296200480600711. Relator Desembargador: EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE. 1ª Câmara Cível. Julgado em 28/08/2012)

Quanto ao pedido de danos morais**,**aventado pela apelante BANCO ITAÚ, para a sua redução, 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 a, no futuro, praticar atos semelhantes.

Isso posto, percebo que, na sentença atacada, o magistrado fixou a indenização em patamar que exorbita a justa medida para a hipótese, e, ademais, aplicou o *quantum*a ser pago em salário mínimo. Na referida decisão, o arbitramento do dano na quantia acima referida mostrou-se inadequado às especificidades do casos, considerando, entre outras coisas, a condição financeira das partes, a repercussão do ato ilícito e o grau de culpa da instituição financeira.

Do exposto, CONHEÇO DAS APELAÇÕES CÍVEIS, DANDO-LHES PARCIAL PROVIMENTO, PARA REFORMAR O *DECISUM* NO QUE TANGE AO ARBITRAMENTO DO DANO MORAL, MODIFICANDO-O PARA O VALOR FIXO DE R$8.000,00 (OITO MIL REAIS) E NÃO MAIS EM VINTE SALÁRIOS MÍNIMOS, MODIFICANDO O *DECISUM* TAMBÉM NO QUE REFERE À CONCESSÃO DA JUSTIÇA GRATUITA AO RECORRENTE ANTONIO ALVES DE SOUZA, porém condicionada a cobrança referenciada ao disposto no art. 12, da Lei 1.060/50, MANTENDO O *DECISUM A QUO* NOS DEMAIS ASPECTOS, QUE JULGOU, Parcialmente Procedente o pleito indenizatório, no sentido de condenar o

réu ao pagamento da indenização por danos morais, julgando extinta sem resolução do mérito a Ação de Busca e Apreensão conexa à presente Ação de Indenização por Danos Morais e Materiais. Mantidos os ônus sucumbenciais estipulados na sentença. Deverão incidir juros de mora de 1% ao mês a partir do ato ilícito e correção monetária a partir da data da sentença.

É como voto.

Fortaleza, 13 de agosto de 2013

NÚMERO DO PROCESSO: 733850-62.2000.8.06.0001/1 (2000.0133.8850-0/1)
TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL EM AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA DE COMPRA E VENDA C/C REINTEGRAÇÃO DE POSSE E REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS E MATERIAIS
APELANTES/PROMOVENTES: JOSÉ BOLIVAR NOGUEIRA PINHEIRO E ADILEA MARIA ANDRADE PINHEIRO
APELANTES/PROMOVIDOS: MARIA HERMENGARDA GURGEL RIBEIRO, ESPÓLIOS DE GUIOMAR DE AGUIAR GURGEL E HERÁCLITO RIBEIRO
APELANTE/PROMOVIDA: IRENE LIMA DA SILVA
APELADOS: OS MESMOS RECORRENTES
ÓRGÃO JULGADOR: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL
RELATOR: DES. FRANCISCO GLADYSON PONTES

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. REGISTRO DE IMÓVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA DE ESCRITURA PÚBLICA CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E LUCROS CESSANTES. CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA NÃO LEVADO A REGISTRO. DESÍDIA DOS COMPRADORES. TRANSFERÊNCIA LEGÍTIMA. BOA-FÉ DE TERCEIRO EVIDENCIADA. QUITAÇÃO INTEGRAL NÃO COMPROVADA. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE LANÇAM FORÇA AOS ARGUMENTOS EXPOSTOS NA CONTESTAÇÃO. RECIBO DE QUITAÇÃO SEM OS REQUISITOS EXIGIDOS PELO ART. 940 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916. PAGAMENTO NÃO RATIFICADO PELA PARTE CREDORA NEM PROVADO PELOS DEVEDORES TENHA REVERTIDO EM PROVEITO DA REQUERIDA. ARTS. 934 E 936, AMBOS DO CC. ARRAS PENITENCIAIS. PREVISÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE DE RETENÇÃO. ARTS. 1.094 e 1.095 DA CODIFICAÇÃO CIVIL. SUCUMBÊNCIA REDIMENSIONADA. CONDENAÇÃO DOS AUTORES EM CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. IMPLEMENTO DO ART. 12 DA LEI Nº 1.050/60. RECURSOS DAS RÉS CONHECIDOS E PROVIDOS. PREJUDICADA A ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO DOS AUTORES. SENTENÇA REFORMADA *IN TOTUM*.

1. Não postulada a apreciação do agravo retido no âmbito recursal, impõe-se o seu não conhecimento.
2. A relação obrigacional possui características específicas que a diferencia dos direitos reais. As obrigações produzem efeitos entre as partes contratantes, não sendo crível estender para terceiros responsabilidade oriunda de contrato celebrado.
3. Não é possível submeter terceiros à cláusula de valor que depende única e exclusivamente da vontade dos contratantes, exigindo daquele posterior ressarcimento.
4. Se os primeiros compradores/autores não procederam conforme enuncia a Lei Civil, ou seja, não levaram a registro o Contrato de Promessa de Compra e Venda na repartição competente, dando publicidade à transferência da propriedade, permitiu que o imóvel permanecesse na esfera patrimonial das rés, suscetível à constrição judicial, hasta pública e arrematação ou venda a terceiro de boa-fé, o que de fato ocorreu na espécie.
5. Não há que se falar em nulidade da escritura de compra e venda, pois feita por quem de direito era proprietário do imóvel, devendo ser observado o Princípio da Continuidade Registral.
6. Restou demonstrada a boa-fé do terceiro adquirente, que pagou o preço ajustado pelo imóvel que hoje possui.
7. O pagamento supostamente feito pelos promitentes compradores, referente ao saldo do contrato, realizado à pessoa estranha a relação contratual, não quita a obrigação, posto que o contrato determinava o pagamento da segunda parcela, por ocasião da outorga da Escritura Pública Definitiva, às vendedoras, o que de fato não ocorreu.
8. Não tendo sido o pagamento ratificado pela credora e não demonstrando os devedores tenha a quantia supostamente paga revertido em proveito da requerida, não pode ser considerado o recibo como quitação integral do débito.
9. O pagamento à pessoa errada, não quita a obrigação, nos termos dos arts. 934 e 936 (atuais 408 e 410 do NCC, respectivamente), ambos do Código Civil de 1.916, vigente à época do pacto, cabendo a prova da quitação a quem o fez, com fundamento no art. 333, inciso I do Código de Processo Civil.
10. Em decorrência, impõe-se a rescisão do ajuste, devendo as arras, também identificadas como sinal, serem retidas.

11. Havendo no contrato previsão de perda das arras em caso de inadimplemento (arras penitenciais), deve ser reconhecido ao vendedor o direito de reter a importância paga a esse título.
12. Precedentes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça e desse Sodalício.
13. Sucumbência redimensionada, devendo os autores arcarem com as custas processuais e honorários advocatícios dos patronos das rés, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, condicionando sua exigibilidade, contudo, ao implemento das condições previstas no art. 12 da Lei nº 1.050/60.
14. AGRAVO RETIDO NÃO CONHECIDO. RECURSOS APELATÓRIOS DAS RÉS CONHECIDOS E PROVIDOS. RECURSO VOLUNTÁRIO DOS AUTORES COM ANÁLISE PREJUDICADA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a TURMA JULGADORA DA TERCEIRA CÂMARA CÍVEL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ, por unaminidade de votos, em conhecer dos Recursos Apelatórios das Rés, para DAR-LHES PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator, que faz parte desta decisão.

RELATÓRIO

Trata-se de 03 (três) recursos de apelação: o primeiro, interposto por IRENE LIMA DA SILVA (ré), o segundo, por MARIA HERMENGARDA GURGEL RIBEIRO, ESPÓLIOS DE GUIOMAR DE AGUIAR GURGEL E HERÁCLITO RIBEIRO (réus) e o terceiro, por JOSÉ BOLIVAR NOGUEIRA PINHEIRO E ADILEA MARIA ANDRADE PINHEIRO (autores), em face de sentença prolatada pelo Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, que reconheceu a procedência parcial do pedido (*decisum* complementado às fls. 760/763, em razão da interposição de Embargos Declaratórios pela demandada, Irene Lima da Silva, bem como por terceiros prejudicados), inicialmente, excluindo do polo passivo da demanda Péricles Castelo Branco Júnior, em virtude de seu falecimento, para depois declarar a validade do negócio realizado entre os autores e as rés Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro e Guiomar de Aguiar Gurgel e, *ipso facto*, a nulidade da alienação do terreno objeto da demanda à promovida, Irene Lima da Silva, não sendo tal decisão oponível, contudo, aos terceiros adquirentes das unidades autônomas do edifício construído no mencionado terreno, transcrito na matrícula nº 67.267 (sessenta e sete mil, duzentos e sessenta e

sete), vez que eles não participaram do processo. Diante disso, condenou as rés, Maria Hermengarda e Irene Lima da Silva, ao pagamento solidário da quantia equivalente ao valor do terreno, qual seja, R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), com juros de 12% (doze por cento) ao ano, devidamente corrigidos pelo INPC, contados da data do negócio pactuado entre Maria Hermengarda com os autores, bem como condenou aquela ao pagamento de danos morais e materiais, em favor da parte promovente, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos igualmente com juros de 12% (doze por cento) ao ano, devidamente corrigidos pelo INPC, contados da data da decisão até a efetiva satisfação do crédito, deixando de condenar as rés em custas processuais e honorários advocatícios, em virtude da sucumbência recíproca, julgando, por conseguinte, improcedente a reconvenção (fls. 522/531 c/ 760/763).

Alegam os autores, na inicial, fls. 02/18, que adquiriram das Sras. Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro e Guiomar de Aguiar Gurgel (rés), à época co-proprietárias do imóvel, por meio de contrato de promessa de compra e venda, terreno de transcrição n° 14.435 (quatorze mil, quatrocentos e trinta e cinco), objeto da demanda, na data de 18 de agosto de 1998, pela quantia de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), restando a transação finalizada após o pagamento de 02 (duas) parcelas, sendo a primeira, a título de arras, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), efetuada em 18 de agosto de 1998 e, posteriormente, a quitação do valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), realizado em 22 de setembro de 1998 (fls. 23/24).

Contudo, aduzem que, em meados do ano de 2003, constataram que estava em construção, no terreno objeto do litígio, um apartamento de 32 unidades autônomas, apesar do inteiro desconhecimento dos autores a respeito, fato que lhes levou a buscar informações junto à Sra. Maria Hermengarda, a qual informou, a despeito da quitada promessa de compra e venda firmada com os requerentes, que havia alienado o terreno à Sra. Irene Lima da Silva (co-ré).

Irresignados com o fato do imóvel adquirido encontrar-se em posse de terceiros desconhecidos, afirmam ter efetuado diligências junto aos Cartórios de Registro de Imóveis da Capital, em especial da 3ª Zona, circunscrição em que o terreno atualmente está submetido, constatando, para sua inteira surpresa, que o terreno passou a integrar nova matrícula, de número 67.267 (fl. 29), aberta em 20 de maio de 2002, em substituição à antiga transcrição, por transferência do Cartório de Registro de Imóveis da 1ª Zona (fl. 30), que conforme averbação n° R-3-67.267, fora vendido, em 22 de agosto de 2002, para a mencionada Sra. Irene Lima da Silva, através de escritura pública de compra e venda, lavrada em notas do 9° Ofício desta Capital (fls. 31/32), na qual consta como alienantes as mesmas promitentes vendedoras que firmaram contrato com os autores, sendo a Sra. Guiomar de Aguiar Gurgel representada por seu espólio, em virtude de seu falecimento.

Ademais, alegam que a recém adquirente do terreno, após a alienação, realizou a fusão deste com outros 02 (dois) imóveis, correspondentes às matrículas nºs 67.271 e 67.272, ambos do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, resultando na

abertura da matrícula unificada nº 67.975, do mesmo Registro de Imóveis (fls. 33/36).

Sustentam os requerentes que a Sra. Guiomar faleceu 104 (cento e quatro) dias antes da lavratura da respectiva Escritura de Compra e Venda e, por sua vez, a única forma de representação legal seria através de autorização judicial realizada nos autos do inventário, porquanto qualquer procuração anteriormente outorgada seria invalidada, a teor do art. 682, inciso II, do Código Civil.

Aduzem, ainda, que na data da alienação do terreno para Irene Lima da Silva, a co-proprietária do imóvel, Guiomar de Aguiar, havia falecido, sendo representada, neste ato, por Sandro Wanierberg, através de procuração outorgada por Maria Hermengarda (fl. 38) após a morte daquela, acarretando de pronto a nulidade do ato praticado, em virtude da invalidação de qualquer mandato outorgado em nome da falecida.

Por conseguinte, afirmam que referida procuração não confere poderes especiais para alienação, requisito exigido por Lei para a validade do ato. Ressaltam que a Sra. Irene teria lavrado a escritura pública sem a devida diligência de verificar a legalidade do ato praticado, o que torna a aquisição viciada e obtida de forma irregular, independentemente da boa-fé da adquirente, eis que deveria adotar as cautelas inerentes ao ato praticado.

Relatam, também, a negligência do tabelião do 9º Ofício, Sr. Péricles Castelo Branco Júnior, co-réu da demanda, que lavrou indevidamente escritura pública eivada de vício, cujo instrumento procuratório que ensejou a alienação não continha poderes especiais para tanto, além de outorgada por pessoa que não possuía atribuição para fazê-lo, fatos que demonstram a desídia com a qual o réu exerceu o *munus* público a que estava vinculado, quando deveria zelar pela integridade dos direitos dos cidadãos.

No mais, afirmam que, no caso dos autos, é perfeitamente possível o pleito de reintegração de posse, porque as provas trazidas demonstram o esbulho, a data do esbulho, a posse e a perda da mesma, requisitos exigidos por Lei para a concessão da medida.

Asseveram que, em razão da conduta dos requeridos, sofreram danos de ordem material e moral, esse consubstanciado pelo vexame e sofrimento provenientes da sensação de perda de um bem patrimonial, adquirido mediante extremo esforço, e aquele decorrente do fato de haverem sido privados do uso e gozo dos direitos inerentes à propriedade.

Ao final, pleiteiam, em sede de tutela antecipada: **(I)** a expedição de mandado ao 3º Ofício desta capital, para que averbe na parcela do terreno que abrange o presente litígio, cuja matrícula está atualmente registrada sob o nº 67.965, a condição de inalienabilidade, até ulterior decisão judicial; **(II)** a citação da Sra. Irene, determinando que se abstenha de continuar a construção que atualmente está em curso no terreno, sob pena de multa diária de R$ 1.000,00 (um mil reais), além da proibição de qualquer transação que envolva o terreno litigioso; **(III)** a expedição de mandado ao Conselho Regional de Corretores de Imóveis – CRECI, determinando

a suspensão de qualquer autorização porventura existente que conceda permissão para a comercialização de unidades habitacionais edificadas no terreno, bem como a expedição de ofício ao Bradesco, Itaú e Caixa Econômica Federal, entre outros, para que se abstenham de conceder financiamento que viabilize o empreendimento realizado no terreno. Em sede de cognição exauriente, suplicam pela: **(1)** a anulação do negócio jurídico objeto da escritura pública de compra e venda (fls. 31/32), lavrada no 9º Ofício de Notas, expedindo-se ofício ao referido tabelionato, expondo a decisão para que tome as devidas providências, bem como ao CRI da 3º Zona, para que torne sem efeito o registro que culminou na transferência do imóvel, cuja matrícula constava com nº 67.267 e, em decorrência lógica, todos os atos subsequentes ao R-3-67.267, procedendo ao cancelamento da matrícula nº 67.965; **(2)** a concessão da reintegração na posse do imóvel em questão, com a respectiva adjudicação compulsória aos autores; **(3)** não sendo possível a concessão de tais medidas, condenar os réus ao pagamento de justa indenização, no valor correspondente ao terreno; **(4)** a condenação dos réus ao pagamento do valor correspondente ao aluguel mensal do imóvel em liça, desde a data do esbulho até o momento da reintegração, assim como ao pagamento, a título de danos morais, do montante não inferior a R$ 150.391,10 (cento e cinquenta mil, trezentos e noventa e um reais e dez centavos); **(5)** a condenação dos réus ao pagamento solidário das custas processuais e honorários advocatícios, esses calculados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

AGRAVO DE INSTRUMENTO: Cópia do agravo interposto pelo autor juntado às fls. 52/66.

CONTESTAÇÃO (Maria Hermegarda e Espólio de Guiomar Aguiar): Na contestação (fls. 70/78), os réus, inicialmente, arguem a carência da ação, alegando que os requerentes, ao contrário do que afirmam na inicial, não efetuaram o pagamento da 2ª parcela do contrato de compra e venda do imóvel, motivo pelo qual não foi lavrado o respectivo registro e, consequentemente, não chegaram a adquirir a posse e propriedade do terreno em questão, razão pela qual a demanda deve ser julgada extinta, sem resolução de mérito, não obstante a ausência dos requisitos ensejadores da ação de reintegração de posse, quais sejam, posse anterior e esbulho. Quanto ao mérito, sustentam que os requerentes propuseram ação inadequada ao feito, haja vista que a ação anulatória tem por finalidade a declaração da nulidade do ato *sub judice* e a retomada do *status quo ante* da relação jurídica anulada, entretanto, os requerentes nunca constaram como proprietários do terreno, pois não houve transcrição do contrato de promessa de compra e venda no CRI, tornando impossível a declaração de nulidade do ato.

Por conseguinte, afirmam que, a despeito da alegação dos promoventes de que o contrato de compra e venda havia sido quitado, o valor correspondente a 2ª parcela (fl. 24) não foi adimplido, apesar de constar no referido recibo a assinatura da Sra. Guiomar, em que há fortes indícios de falsificação, além de não constar a assinatura da Sra. Maria Hermengarda e seu cônjuge, o Sr. Heráclito Ribeiro, à época co-proprietários do terreno, formalidade necessária à concretização da quitação, motivo

por que o contrato firmado não atingiu a finalidade a que se destinava, não transferindo, portanto, a posse do imóvel aos autores, pois que não houve assinatura e lavratura da Escritura Pública de Compra e Venda.

Ressaltam, a título de argumentação, que os autores não trouxeram aos autos provas do pagamento de tributos referentes ao terreno em discussão, tais como IPTU, taxas e demais impostos, para demonstrar o *animus domini* inerente a todo sujeito que se intitula proprietário de determinado bem.

Alegam que, após o pagamento da 1ª parcela do contrato de compra e venda, os autores em nenhum momento buscaram informações acerca do trâmite do negócio e, por essa razão, amparadas pela cláusula 7ª do contrato firmado, consideraram que o sinal pago havia revertido em seu favor, tornando-se livres para novamente transacionar, o que de fato ocorreu na data em que alienaram o terreno à Sra. Irene, em 24 de setembro de 2002, ou seja, 04 (quatro) anos após a pactuação do contrato de compra e venda, transcurso de tempo em que não houve manifestação dos autores.

Relatam, ainda, que o procurador da Sra. Guiomar, no ato da lavratura da escritura pública de compra e venda, não tinha conhecimento do falecimento dessa, portanto, de boa-fé e, por sua vez, nenhum prejuízo poderia resultar de tal fato, tendo em vista que a Sra. Hermengarda, outorgante do substabelecimento, consta como a única herdeira da falecida.

Quanto à ordem judicial de inalienabilidade que grava o referido bem, afirmam que não pode ser considerada em termos absolutos, devendo ser levado em consideração situações peculiares, como no caso dos autos, em que a requerida passa por extrema necessidade financeira, não possuindo renda própria e condições de prover o próprio sustento.

No tocante ao suposto dano material, alegam que tal argumento é insustentável, vez que os requerentes nunca foram reais proprietários do imóvel, possuindo apenas expectativa de direito decorrente da promessa de compra e venda, que não gerou posse, tampouco propriedade. Em relação ao pleito de indenização por danos morais, a vítima que o alega há que demonstrar e dimensionar efetivamente o dano suportado, ônus do qual os autores não se desincumbiram, não havendo procedência tal pedido.

Por derradeiro, suplicam pela improcedência da ação, com a consequente condenação dos requerentes nas custas judiciais e honorários advocatícios, declarando, *ipso facto*, a teor do art. 418 do Código Civil, que o sinal pago reverteu em favor dos requeridos.

Proposta reconvenção às fls. 86/94.

CONTESTAÇÃO (Péricles Castelo Branco Júnior): Em sua contestação (fls. 102/135), o réu argui, preliminarmente, o indeferimento da petição inicial, pelas seguintes razões: **(i)** a inépcia da inicial por ausência da causa de pedir, haja vista que a documentação utilizada pelos autores são inidôneas e ilegítimas a justificar os fatos e legitimar as pretensões traduzidas na peça vestibular; **(ii)** ilegitimidade passiva *ad*

causam, afirmando que, quando imbuído nas atribuições legais de tabelião, agia na qualidade de agente público e, portanto, o ESTADO era o demandado apto a figurar no polo passivo da demanda; **(iii)** a ilegitimidade passiva *ad causam* por ausência de conduta ilícita, eis que a procuração e substabelecimento denominados pelo autor, na inicial, como caducos, em consequência do falecimento da outorgante da procuração (Guiomar de Aguiar), constituíam documentos públicos, devendo ser aceitos como legítimos por todos, não havendo como saber do referido óbito, não obstante o fato de somente a ré, Maria Hermengarda, diretamente interessada na outorga do instrumento de compra e venda, ter ciência das irregularidades; **(iv)** a ausência de interesse processual, ressaltando que os autores não honraram o compromisso de pagar a 2ª parcela do acordo, constando do recibo apenas a quitação de uma das co-proprietárias, ocorrendo a resilição contratual, que acarretou aos compradores os ônus previstos em lei, perdendo as quantias em favor dos promitentes vendedores, razão pela qual os autores carecem dos direitos inerentes à propriedade, impedidos, portanto, de pleitear seus direitos.

No mérito, assevera que, na ocasião da lavratura da escritura pública de compra e venda ora impugnada, agiu no estrito âmbito de suas atribuições legais, de acordo com a legislação vigente, bem como a máxima diligência inerente ao cargo ocupado.

Aduz que lhe foi apresentada toda a documentação apta a comprovar a propriedade do imóvel em questão, assim como a procuração, lavrada no Cartório Filgueiras Mendes, e o substabelecimento lavrado no Cartório Morais Correia (fls. 39/39v.), ambos necessários à representação da Sra. Guiomar de Aguiar naquele ato notarial e, em razão disso, não agiu de maneira negligente, pois os poderes conferidos abrangiam o de alienar qualquer propriedade ali mencionada, alcançando os consectários da transcrição de nº 14.435, originária da matrícula nº 67.267, do Cartório de Registro de Imóveis da 3ª Zona, que equivaleria ao mesmo imóvel descrito naquela matrícula.

Afasta a responsabilidade por qualquer dano moral e/ou material eventualmente suportados pelos autores, alegando que em momento algum agiu de maneira contrária aos preceitos legais.

Ressalta, ainda, que os autores distorceram a realidade dos fatos e agiram munidos de extrema má-fé, de forma a induzir o julgador em erro, atentando contra os ditames da justiça e do direito.

Por fim, requer o acatamento das preliminares levantadas, sendo declarada a improcedência *prima facie* da ação, determinando, por conseguinte, sua exclusão da relação processual. Caso superadas as preliminares, seja julgada improcedente a ação, com a condenação dos autores em honorários advocatícios e custas processuais, e ao pagamento de multa e indenização decorrentes da litigância de má-fé, conforme dispõem os arts. 16, 18, 35 e 129, todos do Código de Processo Civil.

CONTESTAÇÃO (Irene Lima da Silva): Alega, a contestante (fls. 137/147), que ao adquirir das então co-proprietárias, Maria Hermengarda e Guiomar de Aguiar, o terreno objeto da presente querela, constatou que toda documentação relativa

ao bem estava em perfeita ordem, inclusive junto aos órgãos públicos e Cartórios competentes, não tendo ciência do falecimento da alienante, a Sra. Guiomar de Aguiar, quando da celebração do negócio, de plena boa-fé, não lhe podendo ser imposta a extinção do mandato, com o fim de anulação do negócio jurídico realizado com o mandatário.

Destaca que os demandantes possuíam com as promitentes vendedoras, apenas contrato preliminar de promessa de compra e venda, incapaz de gerar direito real, apto apenas a gerar obrigações, porque não foi levado a registro. Logo, os autores não podem pretender a anulação de transcrição imobiliária realizada posteriormente à avença, haja vista que antes da transcrição, o vendedor mantém-se na posse do bem, sendo lícito até mesmo aliená-lo, bastando, para tanto, apenas que o primeiro título não seja registrado no Cartório de Registro de Imóveis.

Assevera que inexistem argumentos que fundamentam o pleito autoral, sendo clara a intenção de conspurcar o direito da ora contestante, fazendo-se necessário impor as sanções previstas na Lei Processual Civil àqueles que litigam de má-fé.

Por derradeiro, requer a extinção do feito sem resolução do mérito e, caso não seja possível, julgar ação totalmente improcedente, condenando os autores em custas e honorários na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, bem como por litigância de má-fé.

INFORMAÇÃO dos autores acerca do deferimento da tutela antecipada nos autos do Agravo de Instrumento interposto, conforme cópia da decisão anexada às fls. 62/69, requerendo o cumprimento do *decisum* determinado pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

PETIÇÃO informando o falecimento do réu Péricles Castelo Branco (fls. 297/300).

ANEXADA aos autos peça informando a reforma da decisão anteriormente prolatada nos autos do Agravo de Instrumento, no sentido de indeferir o pleito constante do recurso (fls. 326/331).

DECISÃO determinando a exclusão de Péricles Castelo Branco do polo passivo da demanda, em virtude de seu falecimento (fl. 350).

AGRAVO RETIDO interposto por IRENE LIMA DA SILVA na audiência de instrução, fls. 375/377, que aplicou a pena de confissão, porquanto o representante legal da demandada atrasou seu comparecimento à audiência.

SENTENÇA: Julga parcialmente procedente os pedidos dos autores (complementada às fls. 760/763, em razão da interposição de Embargos Declaratórios pela demandada Irene Lima da Silva, bem como por terceiros prejudicados), inicialmente excluindo do polo passivo da demanda Péricles Castelo Branco Júnior, em virtude de seu falecimento, para depois declarar a validade do negócio realizado entre os autores e as rés Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro e Guiomar de Aguiar Gurgel e, *ipso facto*, a nulidade da alienação do terreno objeto da demanda à promovida Irene Lima da Silva, não sendo tal decisão oponível, contudo, aos terceiros adquirentes das unidades

autônomas do edifício construído no mencionado terreno, transcrito na matrícula nº **67.267** (sessenta e sete mil, duzentos e sessenta e sete), vez que eles não participaram do processo. Diante disso, condenou as rés, Maria Hermengarda e Irene Lima da Silva, ao pagamento solidário da quantia equivalente ao valor do terreno, qual seja, R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais), com juros de 12% (doze por cento) ao ano, devidamente corrigidos pelo INPC, contados da data do negócio firmado com os autores, bem como condenou Maria Hermengarda no pagamento de danos morais e materiais, em favor da parte promovente, no valor de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), acrescidos igualmente com juros de 12% (doze por cento) ao ano, devidamente corrigidos pelo INPC, contados da data da decisão até a efetiva satisfação do crédito, deixando de condenar as rés em custas processuais e honorários advocatícios, em virtude da sucumbência recíproca, julgando, por conseguinte, improcedente a reconvenção (fls. 522/531 c/ 760/763).

APELAÇÃO (Irene Lima da Silva): Irresignada, a ré apelou (fls. 764/783), alegando que, não obstante o juiz *a quo* tenha declarado a nulidade da alienação do terreno em razão do negócio ter se concretizado por meio de instrumento procuratório utilizado após a morte da outorgante, a Sra. Maria Hermengarda (outorgada) agiu na qualidade de única herdeira da falecida, transacionando direitos hereditários, fato apto a convalidar o negócio jurídico e, mesmo que não se entenda de tal modo, a ora apelante agiu munida de total boa-fé, não tendo conhecimento, na data de concretização do negócio, do falecimento da outorgante, cercando-se de toda diligência necessária, inclusive verificando possíveis averbações na matrícula do imóvel e adquirindo o terreno de quem realmente constava como real proprietário, cumprindo com todas as obrigações contratuais, tanto quanto ao pagamento das parcelas, quanto na lavratura da escritura pública do contrato de compra e venda no cartório.

Afirma que nos autos não há provas de que sua conduta tenha ocasionado dano aos autores, ao contrário, infere-se a conduta desidiosa desses, que não registraram o contrato de promessa de compra e venda no cartório competente, juntamente com a má-fé de Maria Hermengarda, 1ª ré, teriam gerado a situação que se afigura. Portanto, afirma que os demandantes eram detentores apenas de um direito obrigacional, que, se não cumprido, geraria perdas e danos entre os envolvidos, e não um direito real oponível a todos, haja vista que o contrato nunca foi levado a registro, único meio idôneo a gerar direito de propriedade passível de oposição contra terceiros.

Reitera, ainda, que toda a transação referente ao imóvel foi realizada por intermédio do Sr. Sandro Wanierberg, que possuía substabelecimento conferindo poderes para alienar referido bem, subscrito por Maria Hermengarda que, por sua vez, era detentora de procuração outorgada por Guiomar de Aguiar, fato que atesta o total desconhecimento da recorrente em relação à morte da outorgante. Por isso, se houve alguma conduta de má-fé, essa se deu por parte da 1ª ré, que permitiu a venda do terreno com base em procuração caduca e, em decorrência lógica, a forma como a condenação ficou dividida privilegiava essa, que alienou o terreno 02 (duas) vezes, agindo de má-fé na segunda.

Por oportuno, questiona, igualmente, que o pleito de prova pericial da ré, Maria Hermengarda, realizado nas fls. 78/147, relativo ao documento acostado às fls. 24, não foi sequer apreciado pelo juiz de 1º grau, necessário à aferição da validade do contrato entre essa e os autores, caracterizando, *ipso facto*, cerceamento de defesa.

Por derradeiro, suplica pelo provimento do recurso e, em não sendo esse o entendimento, determinar a anulação da sentença proferida pelo juiz *a quo*, em razão do cerceamento de defesa, com o retorno dos autos ao juízo de origem, para que seja realizada a prova pericial.

APELAÇÃO (Maria Hermengarda, Espólios de Guiomar de Aguiar e Heráclito Ribeiro): Ato contínuo, seguiu-se recurso desses, fls. 786/789, alegando, sucintamente, que os autores não adimpliram as obrigações constantes do contrato de promessa de compra e venda, eis que não realizaram o pagamento da 2ª parcela do acordo, não obstante o recibo acostado à fl. 24, em que não consta a assinatura da demandada e, além disso, há fortes indícios de falsificação da assinatura de Guiomar de Aguiar, revertendo, portanto, o valor referente à primeira parcela (arras) em seu favor.

Ao final, suplica pelo provimento do recurso, reformando a sentença na parte que determina o pagamento no valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais) e condenando os demandantes ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

APELAÇÃO (José Bolivar Nogueira e Adilea Maria Andrade): Inconformados com parte da sentença, os autores apelaram (fls. 793/803), pleiteando, inicialmente, a concessão de tutela antecipada, para que fosse mantida a decisão de fls. 404/407, que determinou, com fundamento no art. 273 do CPC, a intransferibilidade das unidades habitacionais edificadas no terreno litigioso, medida que foi revogada, em virtude de embargos declaratórios.

Ademais, alega que o juiz *a quo* julgou de forma *extra petita*, vez que os terceiros adquirentes das unidades edificadas no terreno em questão requereram, nos embargos de declaração interpostos às fls. 533/543, a nulidade dos atos processuais posteriores à citação, para que pudessem integrar a lide na qualidade de litisconsortes necessários, ocasião em que lhes seria possibilitado exercer o contraditório, pedido que obteve a concordância parcial dos autores. Todavia, o magistrado entendeu por bem, na reforma da sentença, determinar que os mesmos não seriam atingidos pelos efeitos do *decisum,* hipótese não levantada na peça processual. Por sua vez, afirmam que o pleito autoral foi o de ser reintegrado no imóvel usurpado, ou, alternativamente, ser indenizado segundo avaliação oficial, de acordo com o valor de mercado do bem e, o juiz singular, decidindo além do âmbito de atuação a que ficou vinculado, determinou apenas o ressarcimento do valor de R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

Aduzem que o juiz *a quo* havia declarado, na sentença, a nulidade da alienação realizada por Maria Hermengarda à Irene Lima, e, consequentemente, os atos dela decorrentes, determinando a intransferibilidade das unidades autônomas postas no terreno. Porém, ao julgar os embargos declaratórios, reformou *in pejus* o *decisum*

anterior, vez que houve por bem determinar o afastamento dos terceiros do processo, bem como liberar os imóveis da constrição judicial decorrente da tutela deferida, em patente prejuízo aos autores.

Ressaltam, ainda, que o conjunto de medidas arbitradas no processo de origem afiguram-se insuficientes, haja vista que o pagamento ao qual as rés ficaram obrigadas na sentença dificilmente será transformado em moeda corrente, posto que as mesmas são insolventes. Asseveram que, não obstante a ré, Irene Lima da Silva, haja usufruído do imóvel litigioso, o magistrado deixou de condená-la ao ressarcimento dos lucros cessantes, correspondentes ao aluguel mensal apurado na inicial, no valor de R$ 3.007,82 (três mil e sete reais e oitenta e dois centavos), bem como aos danos morais, conforme pretendido na peça vestibular, apesar da vasta documentação acostada aos autos, comprobatória da ocorrência de conluio com a co-ré.

Por fim, requerem: (I) a manutenção da tutela deferida às 404/407, determinando-se a intransferibilidade de todas as unidades habitacionais autônomas edificadas no terreno objeto da demanda, até ulterior decisão; (II) a reforma da decisão que apreciou e julgou questões não levantadas pelas partes no decorrer do processo, caracterizadoras de julgamento *extra petita*; (III) a reforma da decisão que culminou na *reformatio in pejus*, sabidamente a proferida nos embargos de declaração, fazendo cessar os efeitos dela decorrentes, ou, de outra forma, atender aos pleitos ali formulados, obtentores da concordância dos autores, ora apelantes; (IV) a procedência das questões levantadas no presente recurso, para que sejam acatados os pleitos constantes na inicial, com a condenação solidária dos réus ao pagamento das indenizações e perdas e danos rogados na exordial.

CONTRARRAZÕES apresentadas pelos promoventes às fls. 736/760, 761/771 e 772/798, e pelos promovidos às fls. 815/823, 848/859 e 860/879.

É o relatório.

Revistos e incluídos em pauta de julgamento.

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos ao conhecimento dos recursos, eis que próprios e tempestivos.

Preliminarmente, é caso de não conhecimento do agravo retido. Embora a parte demandada (Sra. Irene Lima da Silva) tenha agravado pela forma retida da decisão que aplicou a pena de confissão, porquanto o representante legal da demandada atrasou seu comparecimento à audiência, fls. 375/377, não requereu que esta Corte de Justiça conhecesse do recurso, por ocasião do julgamento do apelo, como determina o art. 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Por essa razão, não se conhece do agravo retido.

Em que pese todas as circunstâncias explanadas no relatório, dado o máximo respeito ao entendimento esposado pelo julgador de primeiro grau, a questão

exige um tratamento diverso.

In casu, devemos observar 02 (dois) pontos cruciais para o desenrolar das questões suscitadas nos apelos: boa-fé do terceiro adquirente do imóvel e a validade do recibo de quitação da primeira compra com a assinatura de apenas 01 (uma) das credoras.

Antes disso, necessário realizar um breve apanhado dos fatos, a fim de situar a discussão.

Cuida-se de pedido por meio do qual os autores pretendem a declaração de nulidade de escritura pública de compra e venda e, consequentemente, do respectivo registro imobiliário, acerca do terreno com pequenas edificações, localizado na rua Casimiro Montenegro, entre as casas de números 83 e 133, bairro Monte Castelo, matriculado sob o nº 67.267, do Registro de Imóveis da 3ª Zona desta Capital, fls. 20 e 29.

Segundo consta da inicial, os demandantes (JOSÉ BOLIVAR NOGUEIRA PINHEIRO e ADILÉA MARIA ANDRADE PINHEIRO) compraram o imóvel das primeiras rés (MARIA HERMENGARDA GURGEL RIBEIRO e GUIOMAR DE AGUIAR GURGEL) por meio de Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda firmado em 18 de agosto de 1998, pagando parceladamente o preço da seguinte forma: a) na data da assinatura do contrato, a título de sinal e princípio de pagamento, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) – recibo, fl. 23, assinado pelas vendedoras; b) o restante, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), no ato da assinatura da Escritura de Compra e Venda, a qual seria outorgada aos promitentes compradores, após algumas retificações nas medidas do bem. Essa parcela foi paga em 22 de setembro de 1998, fl. 24, assinado apenas por 01 (uma) das 02 (duas) vendedoras, a Sra. Guiomar de Aguiar Gurgel, apesar de não corrigida a metragem do terreno, conforme anunciado, bem como não confeccionada a Escritura de Compra e Venda.

Acrescentam que, ao passarem pela edificação, "constataram que no dito terreno estava sendo construído parte de um prédio de apartamentos de 16 (dezesseis) unidades autônomas e que, segundo informações de corretores de imóveis que naquele momento ali trabalhavam, ainda seria construído mais outro bloco, totalizando 32 (trinta e duas) unidades."

Quando oportunamente buscaram tomar posse do imóvel, tiveram conhecimento de nova compra e venda realizada sobre o mesmo bem. Sobre esses negócios jurídicos é que recaem as análises para o julgamento, devendo ressaltar que ambas as negociações se deram antes de 2002, quando ainda vigorava o Código Civil de 1916.

Como se sabe, a compra e venda de imóveis só se perfectibiliza com o registro no álbum imobiliário. É quando realmente se efetivava a transferência da propriedade do bem, conforme previa o art. 530, inciso I, do Código Civil de 1916 (Art. 530. Adquire-se a propriedade imóvel: I – Pela transcrição do título de transferência no registro do imóvel;), o que não ocorreu neste caso, sendo fato incontroverso nos autos,

eis que admitido pelos próprios autores.

A incidência do caráter obrigacional se dá com a formação do contrato preliminar de compra e venda.

Conforme Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, é possível conceituar a obrigação:

> "(...) como a relação jurídica transitória, estabelecendo vínculos jurídicos entre duas diferentes partes (denominadas credor e devedor, respectivamente), cujo objeto é uma prestação pessoal, positiva ou negativa, garantindo o cumprimento, sob pena de coerção judicial."
> (In Direito das Obrigações, 3ª edição, Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2008, p. 84).

Os doutrinadores citados apontam que uma das características da obrigação consiste no vínculo jurídico entre as partes, por meio do qual a parte interessada pode exigir da outra, coercitivamente, o adimplemento. O próprio elemento subjetivo da obrigação, credor e devedor, é assim descrito:

> "O elemento subjetivo da obrigação é dúplice, encontrando-se em posições contrapostas, **credor e devedor**(que representam o sujeito ativo e passivo, respectivamente). O credor é aquele que pode exigir de outrem um determinado comportamento, enquanto devedor é quem deve cumprir."
> (Op. Cit. p. 89)

Ao examinar o tema, Sílvio de Salvo Venosa refere:

> "Essa relação jurídica, esse vínculo, une duas ou mais pessoas. Credor e devedor são os dois lados da obrigação, do ponto de vista ativo e passivo. **Ressaltamos aqui a pessoalidade do vínculo. Antepomos esse direito pessoal aos direitos reais, que são oponíveis contra todos (erga omnes)."**
> (In Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, volume 2, 3ª edição, São Paulo, Editora Atlas, 2003, p. 26).

Contudo, a transferência do domínio depende de outro ato: o registro imobiliário. É de interesse determinar o domínio quando se formaliza contrato de compra e venda. Se o alienante assume a obrigação de efetuar a entrega da coisa após firmar contrato de promessa de compra e venda, mas posteriormente aliena o mesmo objeto para outra pessoa, e faz a tradição para o último, temos que não cabe ao primeiro adquirente, mesmo provando haver concluído o contrato e pago o preço, o direito de reivindicar. Cabe-lhe, tão somente, o direito de reclamar perdas e danos.

Em outras palavras, no direito brasileiro, a promessa de compra e venda não é contrato translativo, pois o vendedor apenas promete transferir a posse e propriedade ao adquirente. O contrato gera obrigações, mas não produz o efeito de transferir a propriedade. O vendedor não a transfere e, sim, promete transferir.

Considerar a transação efetivada como uma real compra e venda, atingiria princípios basilares deste tipo de negócio jurídico, bem como a própria administração pública, pois o imóvel estaria sendo vendido de um para outro sem o recolhimento dos tributos devidos sobre tais operações.

Na verdade, deveria a parte autora, munida de uma atuação diligente, ter atentado, à época da negociação, para a averbação do registro no Cartório de Imóveis competente, assegurando posterior transferência do bem.

Não agindo assim, permitiu que o imóvel permanecesse na esfera patrimonial das primeiras rés, estando passível à aquisição por terceiro de boa-fé, como efetivamente ocorreu.

Sabe-se somente que depois de registrada a promessa, o direito do promissário comprador alcança terceiros estranhos à relação contratual, como bem define as palavras da doutrina de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald:

> "A oponibilidade absoluta emanada do nascimento do direito real gera sequela e torna ineficazes, em face do promissário comprador, as alienações e onerações posteriores ao registro do contrato preliminar. [...] O registro da promessa de compra e venda gera um direito real à aquisição, em caráter 'erga omnes', garantido o primeiro adquirente em face de uma segunda alienação do imóvel. Porém, a pretensão ora descrita só poderá ser exercitada pelo promissário comprador após o pagamento integral do preço."
> (*In* Direitos Reais, 6ª edição, Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2009, p. 645).

Ademais, mesmo que, ao final da decisão, seja comprovada conduta dolosa das primeiras rés, alienando o mesmo imóvel por 02 (duas) vezes, e ainda que tal ato tenha causado prejuízos aos demandantes ou a outrem, passíveis de indenização, tal comportamento, por si só, não retira a higidez da escritura pública, ato solene, e, tampouco, do respectivo registro imobiliário, vez que feita por quem formalmente era proprietário do imóvel, de acordo com nosso sistema imobiliário, tornando-se perfeito nos termos da lei. Ao contrário do que constou da sentença de origem, deve-se observar justamente o Princípio da Continuidade Registral.

O advogado e professor da Universidade Federal do Ceará – UFC, Álvaro Melo Filho, em trabalho com o tema: Princípios do Direito Registral Imobiliário, assim destacou:

> "Dentre as regras basilares do Direito Imobiliário, há de apontar-se o princípio da continuidade, em função do qual nenhum registro pode ser efetuado sem a prévia menção ao título anterior, constituindo, assim, a eficácia normal do registro.
> Cada assento registral deve apoiar-se no anterior, formando um encadeamento histórico ininterrupto das titularidades jurídicas de cada imóvel, numa concatenação causal sucessiva na transmissão dos direitos

> imobiliários.
> (...)
> A Lei 6.015 /73, vigente a partir de 01.01.1976, manteve o mesmo princípio no seu art. 195, ao dispor que: "Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro."

E continua:

> "Como um dos princípios fundamentais do registro imobiliário, o da continuidade, determina o imprescindível encadeamento entre assentos pertinentes a um dado imóvel e às partes nele interessadas (*in* Lei dos Registros Públicos comentada, Walter Ceneviva, Saraiva, 1979, p. 411). Segundo Afrânio de Carvalho (op. cit., p. 304 -305). "O princípio de continuidade, que se apóia no de especialidade, quer dizer que, em relação a cada imóvel, adequadamente individuado, deve existir uma cadeia de titularidades à vista da qual só se fará a inscrição de um direito se o outorgante dele aparecer no registro como seu titular. Assim, as sucessivas transmissões, que derivam umas das outras, asseguram sempre a preexistência do imóvel no patrimônio do transferente."
> (*link* http://arisp.files.wordpress.com/2008/06/008-melo-principios.pdf).

Não há, outrossim, qualquer indício que demonstre ser a Sra. IRENE LIMA DA SILVA, segunda ré, ciente da transação realizada anteriormente, evidenciando-se sua boa-fé e excluindo o alegado conluio com as primeiras rés, vez que pagou o preço ajustado pelo imóvel que hoje possui.

A prova testemunhal produzida, por sua vez, reforça a indicação da honestidade de agir da terceira de boa-fé. Vejamos:

> "que comprou o imóvel objeto da lide mais ou menos em 2000, por cerca de R$ 100.000,00 na época Guiomar era viva, negócio realizado através de contrato particular, Hermengarda nunca disse que havia vendido o imóvel anteriormente, o depoente comprou o imóvel mais para ajudar Hermengarda que precisava de dinheiro, por isso não registrou o imóvel em seu nome (…); que não lembra por quanto vendeu o imóvel para Irene, 3 ou 6 meses após, por cerca de R$ 160.000,00 mais ou menos; que não sabia que Guiomar havia morrido nessa época;"
> (Depoimento do Sr. Periguari Oliveira Paiva, fl. 437).

No caso concreto, o contrato preliminar não registrado ensejou efetiva venda do imóvel a terceiro, ou seja, a co-ré Irene Lima da Silva, nos termos do alegado pelo autor, nos depoimentos testemunhais, bem como comprovado pela própria matrícula do bem.

Com efeito, devem ser resguardados os direitos da terceira adquirente de boa-fé, eis que essa, no caso da ré/compradora Irene, É PRESUMIDA, pois não havia

na matrícula o registro da promessa de compra e venda anterior e, ademais, tratava-se de um terreno com poucas benfeitorias, do que se extrai que Irene, ao visitar o imóvel, o encontrou plenamente desocupado e desembaraçado.

Assim, trata-se de regra importante relacionada com a segurança jurídica e a estabilização das demandas judiciais. Sobre o princípio da segurança jurídica, vale colacionar o entendimento de J. J. Gomes Canotilho:

> "O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsavelmente sua vida. Por isso, desde cedo se consideravam os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.
> (...)
> "O princípio da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou ás decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico."
> (In Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 1999, p. 252).

A prova da má-fé da segunda compradora poderia ter sido feita pelos autores, contudo, nada nesse sentido há nos autos.

Nota-se que, o objetivo maior do registro da promessa de compra e venda é dar publicidade a terceiros, evitando nova promessa ou venda sobre o mesmo bem, de forma que, não efetuada, como no presente caso, acabou possibilitando outra negociação.

Dessa forma, frustrado o direito obrigacional originário dos demandantes, diante da evicção ocorrida, restam-lhe, apenas, requerer perdas e danos em face da alienante, haja vista não possuírem direito de sequela.

Quanto ao segundo ponto: validade do recibo de quitação da primeira compra, com a assinatura de apenas 01 (uma) das credoras, merece maiores esclarecimentos.

Importa, isto sim, perquirir se pago, ou não, o preço pelos promoventes, e se tal pagamento teve o condão de desonerá-los da obrigação contratualmente assumida.

Como dito outrora, dentre os documentos carreados aos autos pelos autores, ainda na fase inicial, merece destaque o contrato de fls. 20/22, no qual se constata que restou estabelecido pelas partes, na cláusula segunda, que o pagamento parcelado do preço dar-se-ia da seguinte maneira:

a) na data da assinatura do contrato, a título de sinal e princípio de pagamento, R$ 20.000,00 (vinte mil reais) – recibo, fl. 23, assinado pelas 02 (duas) vendedoras;

b) o restante, no valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), no ato

da assinatura da Escritura de Compra e Venda, a qual seria outorgada aos promitentes compradores, após algumas retificações nas medidas do bem. Contudo, essa parcela foi paga em **22 de setembro de 1998**, fl. 24, e assinado apenas por 01 (uma) das 02 (duas) vendedoras, a Sra. Guiomar de Aguiar Gurgel, apesar de não corrigida a metragem do terreno, conforme anunciado, bem como não confeccionada a Escritura de Compra e Venda.

Informam os autores, em sua peça inicial, fl. 03, que a transação "restou integralmente quitada através do pagamento de um sinal e princípio de pagamento, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) efetuado em 18.08.98, tendo a quantia restante, no importe de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), sido paga às vendedoras e Rés em data de 22.09.98." Acrescenta que os "recibos correspondentes a esses pagamentos são juntados (Docs. 03/04), indicadores da completa e irretratável quitação do negócio realizado."

De forma inversa, destaca a primeira ré (Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro) na contestação, fl. 72, que "não procede a alegação de pagamento integral tendo em vista que no recibo de folhas 24, diferentemente do recibo do pagamento inicial de folhas 23," não consta sua assinatura.

Ocorre que, em depoimento perante o juízo, afirmou a testemunha dos autores (Sr. Adelmar Cintra de Araújo), fls. 408/410, que:

> "(...) que o depoente elaborou o contrato de promessa de compra e venda o que foi devidamente assinado pela parte autora e por Guiomar e Maria Hermengarda, o que as mesmas receberam o sinal em espécie entregues pelo próprio depoente e colheu todas as assinaturas; (...) que no contrato ficou estabelecido que o restante do valor seria pago na hipótese de resolvida qualquer pendência da documentação e a retirada dos moradores; que o restante R$ 25.000,00 foi pago em setembro/98 em espécie através do depoente, diretamente a uma pessoa encaminhada pelo Sr. Fernando e que trazia um recibo de Dona Guiomar; que por confiança a parte autora pagou o restante do valor antes da escritura pública pois Dona Guiomar estava precisando;"

Como se pode ver, a prova dos autos revela, portanto, que os compradores pagaram parte do preço, como sinal, para as vendedoras (R$ 20.000,00), conforme recibo de fl. 23, contando com todos os requisitos exigidos pelo art. 940 do Código Civil de 1916, vigente à época da contratação, reproduzido no art. 320 do Novo Código Civil.

Porém, quando do pagamento da segunda parcela (R$ 25.000,00), se antecipou o Sr. José Bolivar Nogueira Pinheiro, inclusive sem exigir a confecção da Escritura Pública de Compra e Venda, bem como a desocupação do imóvel por moradores ali abancados, confiando a uma terceira pessoa, o Sr. Adelmar Cintra de Araújo, que por sua vez, como dito em depoimento, entregou o valor correspondente a segunda parcela a "uma pessoa encaminhada pelo Sr. Fernando", que não a Sra. Hermengarda ou a Sra. Guiomar, ambos estranhos à relação contratual, fornecendo essa última (pessoa

encaminhada pelo Sr. Fernando), um recibo de quitação plena, assinado apenas pela Sra. Guiomar de Aguiar Gurgel, fl. 24.

O citado dispositivo, assim estabelece:

> "Art. 940. A quitação designará o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor, ou quem por este pagou, o tempo e o lugar do pagamento, com a assinatura do credor, ou do seu representante."

Ora, observando-se os documentos apresentados pelos autores, vê-se que não contém os elementos necessários à quitação plena, geral e irrevogável.

Fazendo um paralelo dos recibos apresentados, realço que o de fl. 23 (1ª parcela), possui ambas as assinaturas (das Sras. Guiomar e Hermengarda), enquanto o recibo de fl. 24 (2ª parcela), contém apenas a assinatura da Sra. Guiomar, não constando nos autos, qualquer documento procuratório capaz de ensejar a representação dessa, em nome de sua filha, a Sra. Hermengarda.

Sendo assim, resta impossível considerar a quitação, somente com base no mencionado documento de fl. 24, produzido unilateralmente, sem qualquer especificação da segunda credora, Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro, ou de sua assinatura.

A única prova de quitação que se pode admitir é a apresentação de um recibo assinado pelo beneficiário ou por seu procurador, o que, *in casu*, repita-se, não foi colacionado pelos autores, inexistindo, portanto, prova inequívoca do pagamento contratualmente estabelecido.

E mais. Estranha-se que o autor, sem a adoção de qualquer cautela no sentido de obter dessas, promitentes vendedoras, autorização para que a quantia fosse entregue por um terceiro a uma pessoa estranha a lide, àquela indicada pelo Sr. Fernando.

Sabe-se que a prova do pagamento cabe a quem faz, conforme se verifica nos arts. 934 e 936 (atualmente, arts. 308 e 310 do NCC, respectivamente), ambos do Código Civil/1916, *in verbis*:

> "Art. 934. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito."
>
> "Art. 936. Não vale, porém, o pagamento cientemente feito ao credor incapaz de quitar, se o devedor não provar que em benefício dele efetivamente reverteu."

Não tendo sido o pagamento ratificado pela credora e não demonstrando os devedores tenha a quantia supostamente paga revertido em proveito da requerida, não pode ser considerado o recibo como quitação integral do débito.

O ilustre doutrinador Sílvio Rodrigues, se pronunciou sobre a questão:

> "Para que o pagamento exonere o devedor da obrigação, é mister seja feito

> ao credor, ou a quem de direito o represente (CC, art. 308). Se isso não ocorrer, terá o devedor pago mal, e *quem paga mal paga duas vezes*.
> (…)
> Ora, do pagamento efetuado ao credor incapaz de quitar não deflui qualquer prova, pois, por definição mesmo, a quitação dele emanada é nenhuma. De sorte que, em rigor, não se poderia provar, diretamente, o acontecimento capaz de extinguir a relação obrigatória.
> Entretanto, o legislador vai mais longe (CC, art. 310) e declara que *não vale* o pagamento feito cientemente ao credor incapaz de quitar. Por conseguinte, a questão ultrapassa o mero terreno da prova, pra atingir o da eficácia do pagamento."
> (*In* Direito Civil – Parte Geral das Obrigações, volume 2, Editora Saraiva, 30ª edição, ps. 130/131).

No plano do ônus probatório, a demonstração do pagamento da segunda parcela ajustada no contrato é da parte autora, vez que a análise das questões fáticas lançadas pela parte requerente perpassa, necessariamente, pelo ônus da prova, nos exatos termos do art. 333, inciso I do Código de Processo Civil.

Há de ser destacado, sem prejuízo da aplicação da regra constante no dispositivo supracitado (distribuição estática ou apriorística), que a teoria processual moderna adota a denominada distribuição dinâmica do ônus da prova, com o intuito de ver materializado o direito fundamental a tutela efetiva, devido processo legal e a isonomia substancial, através da qual cabe ao magistrado, no caso concreto, a atribuição deste encargo a parte que possui melhor condição de suportá-lo, sempre em busca da verdade aproximativa – dever de todos os personagens da relação processual instaurada, consoante exposições dos arts. 14 e 339 do Código de Processo Civil.

Os argumentos dos requerentes, sinalizando para uma conduta desprovida de qualquer prudência onde, segundo afirma sua única testemunha, teriam confiado o restante da dívida (R$ 25.000,00) nas mãos de uma pessoa estranha a relação contratual, sem nenhum contato, pessoal ou telefônico, com as reais credoras (Sras. Guiomar e Hermengarda), revestindo-se de força probatória insuficiente ao acolhimento dos pedidos veiculados com a inicial, sobretudo, diante das contradições e incoerências evidenciadas no decorrer da instrução processual, no que concerne às exposições defensivas, quando asseguraram, na sua peça exordial, que entregaram a segunda e última parcela da dívida, "às vendedoras e rés em data de 22.09.98.", fl. 03.

Portanto, cabe aos requerentes, no caso dos autos, aportarem provas suficientes a derruir as alegações indicadas pela primeira requerida na contestação, ou seja, demonstrar ao juízo de forma clara e coerente a existência do pagamento integral da dívida. Na espécie, não lograram êxito.

Sobre o tema, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

> "DIREITO CIVIL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA AJUIZADA EM FACE DE MUNICÍPIO. CONTRATO DE DIREITO PRIVADO (LOCAÇÃO

DE EQUIPAMENTOS COM OPÇÃO DE COMPRA). AUSÊNCIA DE CONTESTAÇÃO. EFEITOS MATERIAIS DA REVELIA. POSSIBILIDADE. DIREITOS INDISPONÍVEIS. INEXISTÊNCIA. PROVA DA EXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO. DOCUMENTAÇÃO EXIBIDA PELO AUTOR. PROVA DO PAGAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA. ÔNUS QUE CABIA AO RÉU. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. CONCLUSÃO A QUE SE CHEGA INDEPENDENTEMENTE DA REVELIA.

1. Os efeitos materiais da revelia não são afastados quando, regularmente citado, deixa o Município de contestar o pedido do autor, sempre que não estiver em litígio contrato genuinamente administrativo, mas sim uma obrigação de direito privado firmada pela Administração Pública.

2. Não fosse por isso, muito embora tanto a sentença quanto o acórdão tenham feito alusão à regra da revelia para a solução do litígio, o fato é que nem seria necessário o apelo ao art. 319 do Código de Processo Civil. No caso, o magistrado sentenciante entendeu que, mediante a documentação apresentada pelo autor, a relação contratual e os valores estavam provados e que, pela ausência de contestação, a inadimplência do réu também.

3. A contestação é ônus processual cujo descumprimento acarreta diversas consequências, das quais a revelia é apenas uma delas. Na verdade, a ausência de contestação, para além de desencadear os efeitos materiais da revelia, interdita a possibilidade de o réu manifestar-se sobre o que a ele cabia ordinariamente, como a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor (art. 333, inciso II, CPC), salvo aqueles relativos a direito superveniente, ou a respeito dos quais possa o juiz conhecer de ofício, ou, ainda, aqueles que, por expressa autorização legal, possam ser apresentados em qualquer tempo e Juízo (art. 303, CPC).

4. Nessa linha de raciocínio, há nítida diferença entre os efeitos materiais da revelia - que incidem sobre fatos alegados pelo autor, cuja prova a ele mesmo competia - e a não alegação de fato cuja prova competia ao réu. Isso por uma razão singela: os efeitos materiais da revelia dispensam o autor da prova que lhe incumbia relativamente aos fatos constitutivos de seu direito, não dizendo respeito aos fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito alegado, cujo ônus da prova pesa sobre o réu. Assim, no que concerne aos fatos cuja alegação era incumbência do réu, a ausência de contestação não conduz exatamente à revelia, mas à preclusão quanto à produção da prova que lhe competia relativamente a esses fatos.

5. A prova do pagamento é ônus do devedor, seja porque consubstancia fato extintivo do direito do autor (art. 333, inciso II, do CPC), seja em razão de comezinha regra de direito das obrigações, segundo a qual cabe ao devedor provar o pagamento, podendo até mesmo haver recusa ao adimplemento da obrigação à falta de quitação oferecida pelo credor (arts. 319 e 320 do Código Civil de 2002). Doutrina.

6. Recurso especial não provido."

(REsp 1084745/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 30/11/2012).

As contradições da parte requerente continuam quando expressamente relatam que a segunda parcela seria entregue quando da confecção e assinatura da

Escritura de Compra e Venda, argumento esse utilizado como forma de justificar a ausência de documento comprovando o *animus domini* do terreno, tais como contas de água, luz ou IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano.

Definitivamente, as explanações dos demandantes não encontram respaldo no conjunto probatório constituído nos autos, e as contradições evidenciadas retiram de forma substancial a força probante do único documento que serviria de base para o acolhimento da tese defensiva, o recibo de fl. 24.

Sobre referido documento (recibo da fl. 24), impõe-se o destaque, dentro do contexto processual, perde consideravelmente a força probatória e, sobretudo, a condição de prova fundamental acerca da quitação da dívida, forma ordinária de demonstração de pagamentos, cominando o questionamento acerca da forma como confeccionado o documento, em completo desacordo com a legislação específica para o caso (art. 940 do Código Civil), com informações desvinculadas e sem a clareza necessária à solução do impasse lançado à análise judicial.

Por outro lado, a parte demandada lança exposições claras e verossímeis no que toca à ausência do repasse integral do valor da venda do imóvel descrito na matrícula de fl. 29, encontrando, os argumentos, absoluto respaldo na prova dos autos e, com isso, exigindo consideração por parte deste Órgão Julgador.

A prova dos autos, portanto, em comparação com os confusos argumentos expostos pelos autores e por sua testemunha de defesa, evidenciou contradições relevantes que, *in casu*, retiram a força probatória do conteúdo constante no recibo de quitação acostado pelos promoventes, circunstância que impossibilita uma análise isolada do referido documento.

A versão da parte promovida, por sua vez, encontrou respaldo na prova produzida no decorrer da instrução, revestindo-se de verossimilhança suficiente para o desacolhimento dos pedidos autorais, mostrando-se, pois, necessária a reforma da sentença.

Impõe-se, em assim sendo, a rescisão do pacto. Uma vez rescindida a avença, deve ser analisado o último tópico que exige a lide, qual seja, as arras, também identificadas como sinal, tratando-se de prestação, cuja natureza pode ser confirmatória ou penitencial.

Quando confirmatórias, têm por função primordial a de sancionar o negócio jurídico celebrado, de forma que a entrega do sinal indica o aperfeiçoamento do contrato, não mais sendo lícito a qualquer dos contratantes rescindi-lo, unilateralmente.

Já as arras penitenciais, têm a finalidade de garantir o arrependimento de um dos contratantes, acarretando a perda do sinal em favor da parte inocente.

Neste ponto, entendo que a retenção das arras somente será possível ou viável quando houver expressa disposição contratual nesse sentido, do contrário, não há que se falar em retê-las.

É o que nos ensina J. M. Carvalho Santos:

> "Já ficou explicado que o sinal, ou arras, em regra, tem um caráter meramente confirmatório. A presunção da lei é neste sentido, como vimos no artigo anterior. Por isso mesmo, porque a presunção legal é em tal sentido, exige-se que quando as partes quiserem estipular o direito de arrependimento, emprestando ao sinal o caráter de multa penitencial, devem isso ajustar expressamente, de modo que, a todo tempo, possam fazer prova completa do ajuste. (...)
> Explicando este ponto, fácil é firmar as regras que disciplinam a *arrha poenitentialis*:
> a) é perfeitamente lícito às partes estipularem o direito de arrependimento, podendo qualquer delas arrepender-se do negócio, perdendo o sinal ou restituindo em dobro, conforme a hipótese;
> b) mas esse direito só lhes assiste quando expressamente isso tiverem convencionado, pois, em falta de convenção expressa, presume-se que o sinal é apenas confirmatório do contrato;
> c) o sinal em dinheiro, em tais casos, não é considerado princípio de pagamento (art. 1096)."
> (*In* Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos, Volume XV, 7ª edição, p. 273/274).

Segundo preceitos do respeitável doutrinador SÍLVIO DE SALVO VENOSA, temos que:

> "O sinal desempenha duplo papel na relação contratual. Em primeiro lugar, e primordialmente em nossa lei, é uma garantia que serve para demonstrar a seriedade do ato e tem a característica de significar princípio de pagamento e adiantamento do preço. Em segundo lugar, as arras podem servir de indenização em caso de arrependimento de qualquer dos contratantes, quando isto é facultado na avença."
> (*In* Direito Civil II, 3ª edição, Editora Atlas, 2003).

Esse também é o entendimento dessa Corte de Justiça:

> "DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. Ação de Rescisão de Contrato. Arras Penitenciais não expressamente previstas. inaplicabilidade do artigo 1.097 do CC/1916. princípio da boa-fé objetiva. preliminares de nulidade da sentença e de impossibilidade jurídica do pedido rejeitadas. 1. Das preliminares. 1.1. Em primeiro lugar, esta 5ª Câmara Cível rejeita a preliminar de nulidade da sentença por inobservância aos artigos 458 e 459 do CPC, posto que na sentença impugnada constam todos os requisitos legais e o douto magistrado *a quo* analisou todas as questões submetidas pelas partes. 1.2. Em segundo lugar, também rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, sob alegativa de que apelada teria de comprovar sua mora antes do ajuizamento da presente demanda. É que, consoante o documento de folha 43 (Autorização de Venda) em que a recorrida autoriza a Construtora Metro Ltda, ora apelante, a vender o imóvel objeto do contrato em debate, restou pactuado que "Permanecem suspensos os pagamentos do referido

> imóvel até posterior acordo". 2. No mérito. 2.1. As arras ou sinal podem ser confirmatórias ou penitenciais. Para que se caracterizem como penitenciais deve constar expressamente no contrato a possibilidade do arrependimento do negócio por qualquer das partes, implicando, por conseguinte, na perda do sinal dado ou devolução em dobro (CC/1916, artigo 1.095, atual artigo 418 CC/2002). 2.2. Na hipótese vertente, foi estipulado o direito de qualquer das partes desistirem do negócio, consoante a cláusula décima quarta do pacto celebrado entre os litigantes (folha 12) que assim dispõe: "Em caso de desistência do negócio em qualquer época na vigência deste instrumento, se for por parte da PROMITENTE VENDEDORA, a mesma devolverá os valores até então pagos, atualizado monetariamente, pelo mesmo índice de atualização do saldo devedor, tal devolução se efetivará no mesmo prazo do recebimento. Se a desistência do negócio for por parte do(a)(s) PROMITENTE(S) COMPRADOR(ES), este(s) pagará(ao) o valor correspondente a 10% (dez por cento) do valor atualizado monetariamente do imóvel, a título de pena convencional e ressarcimento dos custos com corretagem, publicidade, processamento do contrato, notificações e outros encargos em favor da PROMITENTE VENDEDORA". 2.3. Portanto, não foi expressamente acordado que em caso de arrependimento, aplicar-se-iam quaisquer dos artigos 1094 a 1.097 do Código Civil vigentes à época. 2.4. É importante destacar a relevância do principio da boa-fé objetiva que norteiam as relações jurídicas contratuais e que está intimamente ligado à interpretação de que contratantes deverão sempre agir com lealdade e confiança recíprocas. 3. Conclusão. 3.1. Recurso conhecido e não provido. 3.2. Sentença confirmada."
> (Apelação Cível nº 453649-70.2000.8.06.0000/0, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho, 5ª Câmara Cível, julgada em 30/08/2011).

Nota-se, pois, que somente quando se estipula, expressamente, que as arras têm caráter penitencial, é que as mesmas podem ser retidas pelo vendedor (arts. 1.095 e 1097, CC/1916), do contrário, conforme preceitua o art. 1.096 da mesma Codificação, considera-se princípio de pagamento, uma vez que passam a integrá-lo.

Assevero que restou convencionado na Cláusula Sétima do Contrato Particular de Promessa de Compra e Venda, fls. 20/22, o direito ao arrependimento e, em consequência, a perda do sinal pago em favor da parte que não deu azo à resolução.

Dispõe a redação desse pacto, fl. 22:

> "Serão observados neste Contrato os artigos 1.094 e 1.095 do Código Civil Brasileiro (arras)."

Inobstante expressa estipulação contratual – genérica, é verdade –, e sem maiores delongas, é consabido que, mesmo pré-fixada as arras penitenciais, não se permite obrigar a parte adversa ao cumprimento da avença.

Assim, ao se estipular as arras penitenciais, pressupõe-se que os contratantes se contentam com esta reparação – previamente ajustada –, renunciando a qualquer outra e às ações que poderia exercitar pela falta do cumprimento do contrato.

Logo, inviabilizado o prosseguimento do contrato por culpa dos promissários compradores, que deixaram de adimplir a segunda prestação contratada e deram ensejo à rescisão da avença, não há óbice à retenção, por parte da promitente vendedora, ora primeira ré, do valor da primeira cota desembolsada, ou seja, do sinal que lhe fora entregue a título de arras expressamente pactuadas como penitenciais.

Neste sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desse Sodalício:

> "DIREITO CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO. INADIMPLÊNCIA DO COMPRADOR. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS. CABIMENTO. RETENÇÃO DE PARTE DOS VALORES PELO VENDEDOR. INDENIZAÇÃO PELOS PREJUÍZOS SUPORTADOS. CABIMENTO. ARRAS. SEPARAÇÃO.
> 1. A rescisão de um contrato exige que se promova o retorno das partes ao *status quo ante*, sendo certo que, no âmbito dos contratos de promessa de compra e venda de imóvel, em caso de rescisão motivada por inadimplência do comprador, a jurisprudência do STJ se consolidou no sentido de admitir a retenção, pelo vendedor, de parte das prestações pagas, como forma de indenizá-lo pelos prejuízos suportados, notadamente as despesas administrativas havidas com a divulgação, comercialização e corretagem, o pagamento de tributos e taxas incidentes sobre o imóvel e a eventual utilização do bem pelo comprador.
> 2. O percentual de retenção - fixado por esta Corte entre 10% e 25% - deve ser arbitrado conforme as circunstâncias de cada caso.
> 3. Nesse percentual não se incluem as arras, pagas por ocasião do fechamento do negócio e que, nos termos do art. 418 do CC/02 (art. 1.097 do CC/16), são integralmente perdidas por aquele que der causa à rescisão.
> 4. As arras possuem natureza indenizatória, servindo para compensar em parte os prejuízos suportados, de modo que também devem ser levadas em consideração ao se fixar o percentual de retenção sobre os valores pagos pelo comprador.
> 5. Recurso especial a que se nega provimento."
> (REsp 1224921/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 11/05/2011).

> "DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REIVINDICATÓRIA C/C ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO E REPARAÇÃO DE DANOS. PRODUTOR RURAL DE GRANDE PORTE. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. ARRAS. DEVOLUÇÃO. DESCABIMENTO.
> I.- Conforme entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.
> II.- Não há relação de consumo, no caso dos autos, uma vez que o recorrido é produtor rural de grande porte e o maquinário objeto do contrato serviu para a colheita de milho e feijão em grande escala.
> III.- Na hipótese de o negócio jurídico ser desfeito por motivo imputável a quem deu as arras, como no caso dos autos, em que o negócio jurídico foi

anulado em razão da recusa do devedor em assinar o termo contratual e a pagar o restante do valor ajustado, esse as perderá em benefício do que as recebeu, indenizando, dessa forma, o último pelos danos sofridos.
Recurso Especial provido."
(REsp 826.827/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/08/2010, DJe 19/10/2010).

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CIVIL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. RESCISÃO CONTRATUAL. INICIATIVA DO DEVEDOR. DEVOLUÇÃO DE QUANTIAS PAGAS. PERCENTUAL DE RETENÇÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. SÚMULA 07/STJ. PERDA DO SINAL. IMPOSSIBILIDADE. ARRAS CONFIRMATÓRIAS.
1. A jurisprudência desta Corte Superior prega ser possível a resilição contratual do compromisso de compra e venda por iniciativa do devedor, quando ele não possuir mais condições econômicas para arcar com o pagamento das prestações pactuadas com a promitente-vendedora (construtora ou incorporadora), mormente se estas se tornarem excessivamente onerosas.
2. A resolução unilateral, nesses casos, enseja a restituição das parcelas pagas pelo promissário-comprador, mas não em sua totalidade, haja vista a incidência de parcela de retenção para fazer frente ao prejuízo causado com o desgaste da unidade imobiliária e as despesas com administração, corretagem, propaganda e outras congêneres suportadas pela empresa vendedora.
3. Se o Tribunal de origem fixou o percentual de retenção com base na razoabilidade, examinando, para tanto, o acervo fático e probatório dos autos, alterar tal entendimento encontra óbice na Súmula 07 do STJ.
4. O arrependimento do promitente comprador só importa em perda do sinal se as arras forem penitenciais, não se estendendo às arras confirmatórias.
5. A questão atinente à revisão da distribuição dos ônus sucumbenciais, para se chegar à hipótese de sucumbência recíproca ou de decaimento mínimo de algum litigante, envolve ampla análise de questões de fato e de prova, consoante as peculiaridades de cada caso concreto, o que é inadequado na via especial, nos termos do enunciado 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.
6. Agravo regimental não provido."
(AgRg no Ag 717.840/MG, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RS), TERCEIRA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJe 21/10/2009)

"DIREITO CIVIL. CONTRATUAL. PROMESSA DE COMPRA E VENDA. DESISTÊNCIA DA PROMITENTE COMPRADORA. RETENÇÃO DAS ARRAS PENITENCIAIS PELO PROMITENTE VENDEDOR. POSSIBILIDADE. 1. A controvérsia a ser dirimida neste recurso cinge-se a avaliar a regularidade da retenção de arras penitenciais por arrependimento da promitente compradora de imóvel. 2. O valor correspondente às arras de natureza penitencial devem ficar com o recorrido por aplicação da cláusula terceira do contrato em apreço, na qual está prevista a perda das mesmas em caso de desistência do negócio

> anteriormente entabulado, de acordo com o Art. 1.095 do CC/16. 3. Precedentes do STJ e TJCE. - Apelação conhecida e não provida. - Sentença mantida. - Unânime."
> (Apelação Cível nº 21851-54.2003.8.06.0000/0, Rela. Desa. Maria Iracema Martins do Vale, 4ª Câmara Cível, julgada em 14/03/2011).

Com tais razões de decidir, dou provimento aos Recursos Apelatórios intentados por IRENE LIMA DA SILVA e MARIA HERMENGARDA GURGEL RIBEIRO, para julgar improcedente o pedido inicial, a fim de determinar:

a) Sejam resguardados os direitos da Terceira Adquirente de boa-fé (Irene Lima da Silva), pois não havia na matrícula o registro da promessa de compra e venda anterior, convalidando a Escritura Pública lançado no imóvel em questão;

b) Resta rescindido o contrato entabulado, em razão do reconhecimento da inadimplência dos autores quando do não pagamento da segunda parcela contratualmente assumida;

c) E, em consequência, admito a retenção integral do valor desembolsado pelos autores a título de sinal do negócio (arras penitenciais).

Com o novo resultado proclamado, condeno os autores no pagamento integral das custas processuais e honorários advocatícios dos patronos das rés, que fixo em 15% (quinze por cento) sobre o valor da causa, a serem divididos igualmente entre os causídicos das promovidas (Irene Lima da Silva e Maria Hermengarda Gurgel Ribeiro), condicionando sua exigibilidade, contudo, ao implemento das condições previstas no art. 12 da Lei nº 1.050/60.

Fortaleza, 30 de outubro de 2013

Nº PROCESSO: 0780373-35.2000TIPO DO PROCESSO: APELAÇÃO CÍVEL – 10ª VARA CÍVEL DE FORTALEZA
APELANTE: CHRISTIANE MARTINS MEIRELES
APELADO: REINALDO DE OLIVEIRA LIMA
RELATOR: DES. DURVAL AIRES FILHO

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. CITAÇÃO POR HORA CERTA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NULIDADE VERIFICADA.
1. Na citação por hora certa é imprescindível que o oficial de justiça registre na certidão os dias e também os horários que o fez, sob pena de nulidade.
2. No caso, o meirinho em certidão de fls. 45 não informa os dias e horários em que tentou proceder à citação da Promovida, violando, portanto, o art. 227 do CPC. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação Cível nº 0780373-35.2000.8.06.0001, em que figuram, como Apelante CHRISTIANE MARTINS MEIRELES, e como Apelado REINALDO DE OLIVEIRA LIMA, ACORDAM os Desembargadores desta 7ª Câmara Cível, em votação unânime, pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO DO APELO, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Examinada, trata-se de Apelação Cível na ação Declaratória de Nulidade de Título com pedido liminar interposta por Reinaldo de Oliveira Lima em face de Christiane Martins Meireles, em que afirma o autor, em sua peça inicial, que foram devolvidos cheques de sua propriedade junto ao BankBoston Banco Multiplo S/A, por falta de provisão de fundos, mesmo depois de expirado prazo para apresentação e pagamento dos mesmos.

Aduz que tais cheques foram dados em confiança a parte promovida para que esta os utilizasse como forma de garantia junto às fábricas de confecção para abertura de crédito.

Alega ainda que os cheques foram utilizados pela requerida de forma indevida, tendo sido adulterados e que referido empréstimo dos cheques fora feito à autora em decorrência de relação amorosa mantida entre ambos.

Requereu tutela antecipada para retirada de seu nome dos órgão restritivos, a citação da requerida, e o julgamento procedente da demanda, declarando-se a nulidade

dos títulos e a imediata apresentação em juízo destes.

Decisão às fls. 43, determinando a citação da parte contrária e postergando a apreciação da tutela pleiteada.

Tentativa infrutífera de citação da requerida, precedida de pedido do autor pleiteando julgamento antecipado da lide.

Decisão do Juiz concedendo a tutela pleiteada, e determinando a imediata exclusão do nome do requerido dos cadastros de restrição, bem como da instituição financeira, ocasião em que envia os autos ao curador de ausentes.

Manifestação da Curadoria de ausentes, alegando nula a citação por hora certa realizada e requerendo nova citação nos termos do art.172 do CPC.

Sentença às fls. 99/104, onde após análise da matéria posta em questão, o juiz de primeiro grau tem como válida a citação por hora certa, e empós conclui que a demandada ardilosamente alterou os dados contidos nos cheques, utilizando tais títulos em benefício próprio, julgando ao final, parcialmente procedente o feito, declarando nulos os títulos apresentados pelo promovente, ocasião em que declara a inexigibilidade dos cheques determinando o cancelamento definitivo das anotações em cadastros de inadimplentes efetuados em nome do promovente.

Por outro lado, indeferiu o pedido de busca e apreensão dos mesmos cheques.

Irresignada com a decisão prolatada pelo Juiz *a quo,* Christiane Martins Meireles, interpôs recurso de apelação, onde alega cerceamento de defesa ante a não apreciação de petição e documentação apresentadas por ela, bem como nulidade da citação, requerendo ao final o conhecimento do recurso e reforma da decisão recorrida, decretando-se a nulidade da citação da requerida e determinando a devolução dos autos ao juízo de primeiro grau, para que sanado o processo, abra-se novamente a faze de citação da requerida.

Contra-razões às fls. 124/131, onde manifesta-se sobre a não configuração de cerceamento de defesa e sustenta a validade da citação, requerendo ao final a manutenção da decisão prolatada em 1° instância.

É o relatório.

À douta Revisão.

Fortaleza, 01 de maio de 2012.

VOTO

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

Verifico que merece acolhimento ao argumento de nulidade do processo por vício na citação suscitada pela Apelante.

A citação é ato processual solene que deve ser realizado de acordo com

as prescrições legais. Não observadas estas, e havendo prejuízo para a parte, será considerada nula, conforme dispõe o art. 247 do CPC.

Tratando-se de citação por hora certa, faz necessário que o meirinho em sua certidão decline os dias e horários em que esteve presente ao endereço citado, sob pena de eivá-la do vicio de nulidade.

No presente caso, a Apelante foi citada por hora certa, porém o meirinho em certidão de fls. 45 não informa os dias e horários em que tentou proceder à citação da Promovida, limitando a asseverar que houve diversas tentativas infrutíferas, violando, portanto, o art. 227 do CPC.

Diante do exposto, a nulidade do processo, a partir da citação, é medida que se impõe, sob pena de se estar remediando garantias constitucionais cuja observância é obrigação do Poder Judiciário fazer prevalecer.

Nesse sentido manifesta-se a jurisprudência dos Tribunais:

> PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO DE ALIMENTOS. REVELIA. CITAÇÃO POR HORA CERTA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. NULIDADE VERIFICADA.
> I – Na citação por hora certa é imprescindível que o oficial de justiça registre na certidão os dias e também os horários que o fez, sob pena de nulidade, devendo a procura pelo réu se dar no seu domicílio ou residência.
> II – A citação por hora certa somente se perfectibiliza mediante o envio da carta de cientificação pelo escrivão, sendo obrigatória a nomeação de curador especial ao réu citado nesta modalidade. Constatada a falta de ambos os procedimentos desconstitui-se a sentença, decretando-se a nulidade do processo.
> III – Apelo provido.
> (TJ/MA. Acórdão de nº. 0787592009. Relator Des. Jorge Rachid Mubárack Maluf, data de Julgamento 26/01/2009).

Ante aos fundamentos fáticos e jurídicos apresentados, CONHEÇO da presente Apelação, para DAR-LHE PROVIMENTO, no sentido de declarar nula a citação, e, consequentemente, desconstituir a sentença vergastada, devendo os autos retornarem à origem para o regular processamento do feito.

É como voto. É como me posiciono.

Fortaleza, 14 de agosto de 2012.

PROCESSO Nº: 0083640-80.2005.8.06.0001
COMARCA**:** FORTALEZA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PREVIDENCIÁRIO. REEXAME NECESSÁRIO. PENSÃO POR MORTE ACIDENTÁRIA. VALOR DO BENEFÍCIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Por aplicação da Lei nº 9.032 de 29/04/95, art. 75, o valor da pensão por morte acidentária deve corresponder sempre a 100% do valor da aposentadoria do segurado falecido.
2. Defesa do INSS que não está em acorde com a lei vigente sobre a matéria. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
3. Remessa necessária não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de reexame necessário nº 0083640-80.2005.8.06.0001, 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 acordo com o voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de reexame necessário das sentenças proferidas na ação ordinária, fls. 61/64, e nos embargos do devedor, fls. 281/284, ambas prolatadas contra o INSS.

A inicial da ação ordinária afirma que a autarquia previdenciária não cumpre a legislação federal que determina o pagamento de 100% do salário de benefício da titular de pensão por morte em decorrência de acidente de trabalho, mesmo sem haver outros dependentes.

Na contestação, fls. 47/51, o INSS assevera que a lei posterior não pode modificar o cálculo do benefício da pensionista, de modo que o pagamento de 80% do salário de benefício, o qual já vem se realizando, corresponde a totalidade do direito postulado.

A sentença exequenda, fls. 61/64, julga parcialmente procedente o pedido e determina o pagamento de 100% do salário de benefício. O INSS não recorreu.

Iniciada a execução da sentença foi homologado o cálculo da contadoria, conforme decisão às fls. 266/267, encontrando-se como valor devido a quantia de R$ 178.293,47. A seguir foi citado o INSS que opôs embargos à execução, fls. 272/276, afirmando que nada deve à pensionista pois tem adimplido, desde o início do recebimento

do benefício, valor correspondente a 100% do salário de referência.

Na sentença que conheceu dos embargos, fls. 281/284, foram proclamados como inservíveis os argumentos da Autarquia, porque esta busca discutir a matéria objeto do mérito da ação ordinária anteriormente julgado. Ademais, o INSS diz que vem pagando 100% do benefício, mas a contadoria indica que isto não corresponde à verdade.

Depois foram os autos remetidos a este tribunal para o exame de ambas as decisões, recebendo parecer ministerial, às fls. 350/354, pelo improvimento do reexame oficial.

À douta revisão.

VOTO

Verifico na leitura das várias peças processuais que o INSS, de acordo com o procurador encarregado de se manifestar nos autos, apresenta defesa diferente acerca do mérito da lide.

Porém, é fato que a Lei nº 9.032 de 29/04/95 estabeleceu que o valor da pensão por morte, como ocorrente neste caso, deve corresponder sempre a 100% do valor da aposentadoria do segurado falecido, independentemente da época da concessão do benefício a seus dependentes:

> ***"Art. 75. O valor mensal da pensão por morte, inclusive a decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III, especialmente no art. 33 desta lei."***

Assim, a sentença exequenda está em acorde com a lei e com a posição do STJ sobre a matéria, *verbis*:

> RECURSO ESPECIAL. PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. PENSÃO POR MORTE. LEI MAIS BENÉFICA. INCIDÊNCIA. BENEFÍCIOS EM MANUTENÇÃO. POSSIBILIDADE.
> 1. No sistema de direito positivo brasileiro, o princípio *tempus regit actum* se subordina ao do efeito imediato da lei nova, salvo quanto ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada (Constituição da República, artigo 5º, inciso XXXVI e Lei de Introdução ao Código Civil, artigo 6º).
> 2. A lei nova, vedada a ofensa ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, tem efeito imediato e geral, alcançando as relações jurídicas que lhes são anteriores, não, nos seus efeitos já realizados, mas, sim, nos efeitos que, por força da natureza continuada da própria relação, seguem se produzindo, a partir da sua vigência.
> 3. "L'effet immédiat de la loi doit être considéré comme la règle ordinaire: la loi nouvelle s'applique, dès sa promulgation, à tous les effets qui résulteront dans l'avenir de rapports juridiques nés ou à naître" (Les Conflits de Lois Dans Le Temps, Paul Roubier, Paris, 1929).

> 4. Indissociável o benefício previdenciário das necessidades vitais básicas da pessoa humana, põe-se na luz da evidência a sua natureza alimentar, a assegurar aos efeitos continuados da relação jurídica a regência da lei nova que lhes recolha a produção vinda no tempo de sua eficácia, em se cuidando de norma nova relativa à modificação de percentual dos graus de suficiência do benefício para o atendimento das necessidades vitais básicas do segurado e de sua família.
> 5. O direito subjetivo do segurado é o direito ao benefício, no valor irredutível que a lei lhe atribua e, não, ao valor do tempo do benefício, como é da natureza alimentar do benefício previdenciário.
> 6. Recurso especial conhecido e provido.
> (REsp 436.764/AL, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 20/08/2002, DJ 19/12/2002, p. 492)

Ementa com igual teor se vê no julgamento do EDcl no AgRg no Ag 617.758/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, SEXTA TURMA, julgado em 20/09/2005, DJ 05/12/2005, p. 391)

Deste modo, acreditando que a defesa na ação ordinária diz a verdade, isto é, que o INSS vinha pagando à pensionista apenas 80% do valor do benefício, estão corretos os cálculos da contadoria. Do mesmo modo, nada há para ser reformado na sentença da ação ordinária e deve ser mantida a decisão lançada nos embargos à execução.

Pelo exposto, conheço do reexame necessário, mas para lhe negar provimento, mantendo por seus próprios fundamentos as decisões de primeiro grau.

É como voto.

Fortaleza, 13 de março de 2013.

PROCESSO Nº 0084543-81.2006.8.06.0001
NATUREZA: APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: F J COMERCIAL DE RAÇÕES LTDA.
APELADO: J S INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AÇÃO DE ORIGEM: AÇÃO ORDINÁRIA PARA CONSIGNAÇÃO DE DÍVIDA.
LOCAL DE ORIGEM: 20ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE FORTALEZA – CEARÁ.
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EXTINÇÃO DO FEITO. PERDA DE OBJETO - FALTA DE INTERESSE. DEPÓSITO ELISIVO NA FALÊNCIA – BLOQUEIO PARCIAL PELO JUÍZO CÍVEL – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. APELO IMPROVIDO.

1. Trata-se de recurso de apelação cuja sentença extinguiu a ação por falta de interesse processual, caracterizando perda de objeto.
2. O depósito elisivo no juízo da falência torna inócua a consignação da dívida no juízo cível.
3. A inexistência do bloqueio de parte do depósito elisivo, mesmo requerido pelo juízo cível mas negado no juízo da falência, e não comprovado, impede a pretensão do interessado. Sentença mantida. RECURSO IMPROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos o presente recurso de Apelação Cível nº 0084543-81.2006.8.06.0001, 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 F J Comercial de Rações Ltda. contra sentença exarada pelo MM Juiz de Direito da 20ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza – Ceará, em ação Ordinária para Consignação de Dívida e Indenização por Depósito Indevido de Cheques Pós-datado cumulado com Danos Morais e Materiais que o apelante promoveu contra o apelado – fls. 342/346.

A sentença atacada decidiu pela extinção do processo sem julgamento do mérito considerando a perda de objeto da ação ante o pagamento, no juízo da falência, da dívida que se pretendia consignar – fls. 328/330.

Em suas razões, o apelante se insurge contra a decisão alegando omissão da sentença em relação ao crédito correspondente a 20% (vinte por cento) da dívida paga, bloqueado no juízo da falência e transferido ao juízo cível, e que pertence de

direito a ele, apelante.

Insiste o recorrente que apresentou embargos declaratórios para suprir a omissão, o qual foi rechaçado por não se adequar às hipóteses do artigo 535 do CPC – fls. 332/336 e fls. 338/340.

Requer, ao final, o conhecimento e provimento do recurso para liberação da quantia disponibilizada no juízo cível.

Instado à responder ao apelo, o autor não apresentou manifestação – vide decisão de fls. 349 e expediente de fls. 350/351.

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 F J Comercial de Rações Ltda., irresignado com a decisão judicial de primeiro grau que extinguiu o processo sem apreciação do mérito.

O objeto da ação ordinária consistia em consignar dívida reconhecida pelo autor para com o réu, além de pretender a retenção de 20% (vinte por cento) do total da dívida em favor dele, autor, a título de danos morais e materiais e mais indenização por depósito indevido de cheques emitidos.

Durante a tramitação da presente ação, foi ajuizado procedimento falimentar da empresa autora, no qual foi elidida a dívida reconhecida – vide cópia às fls. 212/216 e fls. 220/223.

O magistrado de primeiro grau fundamentou sua decisão na perda de objeto da ação, porquanto o depósito elisivo impediu a falência e tornou inócua a consignação pretendida nesses autos.

A decisão ainda considerou regulares os protestos cambiários advindos de dívida reconhecida e a ausência de comprovação de dano moral ou material por parte do autor, aqui apelado.

O apelante, então, se insurge contra a decisão que, em sua visão, omitiu manifestação acerca do numerário correspondente a 20% (vinte por cento) do total da dívida, bloqueado no juízo da falência e posto à disposição do juízo cível como retenção para cobrir eventual prejuízo do autor da ação originária.

Restringe-se então o recurso em reconhecer a omissão da sentença quanto à destinação da quantia mencionada.

A princípio, cabe destacar que a decisão vergastada, na forma emitida, caracteriza a extinção do feito por perda de objeto decorrente da falta de interesse processual ante o depósito elisivo da dívida, como define o inciso VI do artigo 267 do CPC.

Com relação à quantia que o apelante diz lhe pertencer, efetivamente a decisão liminar de fls. 225/238 determinou o bloqueio de parte da dívida (20%) junto ao juízo da falência, que deveria ficar à disposição do juízo cível até ulterior deliberação.

Para cumprimento da ordem foi expedido ofício ao juízo de falência – vide fl. 249.

Entretanto, o juiz da falência encaminhou cópia da decisão emitida no processo falimentar, no qual registra "que o depósito elisivo tem como consequência natural o levantamento, inexistindo previsão legal para garantir outro Juízo, razão pela qual não pode este Juízo determinar que o valor depositado fique bloqueado." - fls. 241/244.

Ao final da decisão, o juízo da falência determinou o levantamento da quantia depositada em nome do credor, excluindo apenas a quantia de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) em favor do devedor, reconhecendo o excesso a título de CPMF.

Ou seja, não há nos autos a efetivação da transferência do numerário como argumentado pelo apelante. A decisão do processo falimentar considerou a impossibilidade de garantia de outro juízo pelo depósito elisivo por ausência de previsão legal.

Por outro lado, nada foi acostado pelo apelante para comprovar a disponibilidade do numerário no juízo cível. Também não foi juntada a guia de levantamento do depósito elisivo para se aferir o pagamento total da dívida ou se apenas parte dela (80%) foi direcionada ao credor, aqui apelante.

Ao contrário, acerca da quantia discutida, o que ressalta nos autos é um termo de caução do tipo fidejussória prestada por Sandro Alencar da Paz Portela, RG 94002154844, que, em cumprimento ao despacho liminar que determinou o bloqueio, comparece "para prestar a caução tipificada supra, objetivando ressarcir os danos que a parte requerida acima identificada possa vir a sofrer em decorrência do despacho exarado pelo MM Juiz do presente feito..." - fl. 246.

A possibilidade da prestação da caução em provimento liminar decorre de previsão legal contida no artigo 804 do CPC, cuja garantia, real ou fidejussória, se presta a "ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer".

No presente caso, o bloqueio do numerário foi determinado a pedido do autor, cuja pretensão inicial se referia a 20% (vinte por cento) da dívida total "...pelas perdas sofridas, a título de danos materiais e morais, decorrentes da acumulada má qualidade dos produtos fornecidos pela promovida..." - vide petição inicial, fl. 22, alínea 'f'.

Além disso, após o pedido falimentar, o autor pretendeu, nesse juízo, o bloqueio total do depósito elisivo (fls. 209/210), porém a magistrada, no provimento liminar (fl. 238), concedeu a obstrução do percentual inicial até ulterior deliberação, determinando, ainda, a prestação de caução fidejussória.

Embora o caucionante não seja parte, nem esteja inserido em qualquer

instrumento procuratório (fl. 25 e fl. 274), o artigo 828 do CPC prevê a possibilidade do caucionamento por terceiro, cuja intervenção, neste caso, é pelo autor, porquanto garante dano sofrido pelo requerido.

De qualquer forma, a transferência do numerário, se efetivada, constituía garantia real para ambas as partes, uma vez que poderia ser adjudicada ao autor, se reconhecido o seu direito, ou devolvida ao requerido para complementação do pagamento da dívida.

Entretanto, embora parecesse dispensável pela garantia real, a caução foi prestada e constitui a única garantia de eventuais danos do requerido comprovadamente inserida nos autos.

Observe-se que a quantia caucionada é exatamente o valor pretendido pelo apelante, o que se leva a concluir que, afinal, a transferência alegada foi substituída por garantia fidejussória, prestada para ressarcir eventuais danos da parte requerida.

Apesar disso, o apelante insiste em sempre mencionar a mesma decisão liminar para fundamentar uma transferência duvidosa, sem comprovação nenhuma, e ainda garantida apenas por caução fidejussória, baseada em confiança e que não envolve depósito, alienação ou transmissão de numerário.

Além disso, como constatado pelo teor da decisão falimentar, a transferência pretendida foi negada ao juízo cível, e não restou comprovada pelo apelante, seja documentalmente, por extrato de depósito judicial, seja por dedução, através da guia de levantamento do depósito elisivo.

Por outro lado, a extinção do feito sem resolução do mérito desobriga a responsabilidade assumida na caução fidejussória, cabendo ao credor buscar eventual direito pelas vias próprias.

Portanto, considerando tudo o que foi exposto, conheço do recurso interposto, mas para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo a sentença que extinguiu o feito pela ausência da condição da ação, qual seja, o interesse processual, caracterizando a perda de objeto da demanda.

É como voto.

Fortaleza, 17 de Julho de 2013.

Agravo de Instrumento

AGRAVO DE INSTRUMENTO C/C PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO N. 0074229-69.2012.8.06.0000
AGRAVANTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA
AGRAVADO: MARIA MANUELA FIGUEIREDO SANTA CRUZ
RELATOR: DES. PAULO FRANCISCO BANHOS PONTE

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL. MENSAGENS OFENSIVAS VEICULADAS EM REDE SOCIAL. CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS. DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO vs. HONRA. SOLUÇÃO: REGRA DA PROPORCIONALIDADE. PREVALÊNCIA NESSA SITUAÇÃO CONCRETA DO DIREITO FUNDAMENTAL À HONRA. RESPONSABILIDADE DO PROVEDOR EM RETIRAR O CONTEÚDO DESABONADOR. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO CONHECIDO, PORÉM COMPLETAMENTE DESPROVIDO.

1. O cerne da presente querela está voltado para a compreensão do alcance do direito fundamental à liberdade, já que uma rede social, por meio de seus usuários, veiculou comentários desabonadores a respeito de um certo estabelecimento comercial.

2. Na presente situação, com base na teoria dos princípios de Robert Alexy, aplicarei a regra da proporcionalidade, a fim de solucionar, ainda que liminarmente, o conflito entre o direito fundamental à liberdade vs. honra. Ao me utilizar das sub-regras adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verifico que a medida tomada pelo magistrado é adequada, embora restrinja a liberdade de pensamento, amplamente consagrada pelo Constituinte de 1988, em virtude do período ditatorial, esta não pode servir de fundamento para a ofensa à honra, igualmente, um direito fundamental.

3. Ultrapassada essa questão relativa à primazia do direito à honra, não merece prosperar, igualmente, a necessidade de indicação do URL, a fim de que haja a retirada do comentário desabonador, porque é responsabilidade do provedor realizar esse controle. Precedentes do STJ.

4. Agravo de instrumento conhecido, porém completamente desprovido, em consonância com o parecer da Procuradoria

Geral de Justiça, a fim de determinar a a retirada pela agravante da mensagem ofensiva, nos termos da liminar anteriormente concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes 1ª Câmara Cível, unanimemente, em conhecer do presente agravo de instrumento, negando-lhe provimento, de acordo com o voto do Relator.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos digitais de Agravo de Instrumento c/c Pedido de Efeito Suspensivo (fls. 01/26), interposto pelo Google Brasil Internet Ltda., tendo em vista a concessão dos efeitos da tutela antecipada requerida, às fls. 30/32, com o fito de ordenar a retirada da matéria difamatória firmada pela Sra. Mariana e por suas amigas, divulgadas na rede social, denominada ORKUT, no prazo de 48 horas, sob pena de fixação de multa por dia de atraso no cumprimento desta determinação.

Inicialmente, fora interposta Ação de Reparação por Danos Materiais e Morais (Processo n. 496197-24.2011.8.06.0001), em que se pugna tanto a retirada de manifestações desabonadoras sobre o estabelecimento comercial da agravada, Sra. Maria Manuela Figueiredo Santa Cruz, no ORKUT, quanto a indenização por dano material e moral.

A tutela antecipada foi concedida às fls. 30/32.

Inconformado com tal *decisum*, um dos demandados interpôs o presente recurso, a fim de questionar, em suma, os seguintes aspectos: **a)** ofensa aos princípios da livre manifestação de pensamento e liberdade de expressão; **b)** necessidade de indicação do URL (*Uniform Resource Locator*) para que haja a retirada do comentário e **c)** não foram preenchidos os requisitos da tutela antecipada, com base no art. 273, CPC.

O efeito suspensivo pleiteado foi analisado e denegado às fls. 114/124, no qual não foram observados os requisitos ensejadores dessa concessão.

Houve pedido de reconsideração às fls. 128/130, no entanto, foi, igualmente, denegado (fls. 133/139).

As informações do juiz da causa repousam às fls. 140/141, no qual é informado que a decisão foi dada em virtude de as mensagens serem de cunho negativo e causarem prejuízos para a imagem da empresa.

A parte agravada deixou transcorrer *in albis* o prazo para o oferecimento das contrarrazões (fl. 145).

Eis o relatório. Sem revisão (art. 34, § 3º, RITJCE).

VOTO

Inicialmente, o cerne da presente querela está voltado para a compreensão do alcance do direito fundamental à liberdade, já que uma rede social, por meio de seus usuários, veiculou comentários desabonadores a respeito de um certo estabelecimento comercial.

O direito fundamental à liberdade é o núcleo primeiro de proteção dos direitos fundamentais, em que se procura se opor ao autoritarismo, à deformação da autoridade, e não, à autoridade legítima (SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 232). É um corolário da dignidade da pessoa humana, insculpida como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Nesse sentido, a liberdade apresenta várias formas, como, por exemplo, a liberdade de pensamento, a qual compreende a de opinião, religião, informação, artística, comunicação do pensamento (art. 5º, IV, CF). É, pois, essa o centro de formação do Estado Constitucional dos tempos modernos e a opinião é entendida como qualquer juízo de valor, independentemente do objeto a que se reportam ou do conteúdo que apresentam. Podem dizer a respeito de assuntos políticos ou não, mas encontra limites no direito à honra (PIEROTH, Bodo e BERNHARD, Schlink. Direitos fundamentais. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 264-265).

A honra, por sua vez, está contemplada no art. 5º, X, do discurso constitucional e, para José Afonso da Silva, "é o conjunto de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa humana, o respeito dos concidadãos, o bom nome, a reputação", porque transparece uma das próprias qualidades da dignidade humana. Divide-se em honra subjetiva e objetiva, sendo essa última também pertencente às pessoas jurídicas (Súmula 227/STJ).

Feita essa breve introdução, a situação apresentada trata, justamente, do cotejo entre o direito à liberdade de pensamento e a inviolabilidade do direito à honra, já que a partir do instante em que, por meio do exercício da liberdade de pensamento há afronta à honra objetiva da pessoa jurídica, deve-se sopesar qual dos mencionados princípios deverá prevalecer na situação apresentada.

Com base, então, na teoria dos princípios de Robert Alexy (ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2009), vislumbro que tanto o direito à liberdade quanto à honra são, inequivocamente, mandamentos de otimização, por isso que consagram direitos e deveres *prima facie*, sendo concretizados de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

In casu, aplicarei a regra da proporcionalidade, a fim de solucionar, ainda

que liminarmente, o conflito desses direitos fundamentais. Ao me utilizar das sub-regras adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, verifico que a medida tomada pelo magistrado é adequada, embora restrinja a liberdade de pensamento, amplamente consagrada pelo Constituinte de 1988, em virtude do período ditatorial, esta não pode servir de fundamento para a ofensa à honra, igualmente, um direito fundamental.

Dessa forma, torna-se, pois, imprescindível a retirada das mensagens ofensivas, tendo em vista que há malferimento claro à honra da pessoa jurídica. E, sem retirar o conteúdo do direito à liberdade, no exame da proporcionalidade em sentido estrito, na presente situação, deverá prevalecer a tutela do direito fundamental à honra.

Ultrapassada essa questão relativa à primazia do direito à honra, não merece prosperar, igualmente, a necessidade de indicação do URL, a fim de que haja a retirada do comentário desabonador. Como já antecipado na apreciação do efeito suspensivo às fls. 114/124, o STF já reconheceu a repercussão geral relativa a esse tema.

Logo, *a priori*, já que em sede de cognição sumária, reconheço a responsabilidade do provedor para que afaste a opinião ofensiva à honra da empresa, independentemente da indicação do URL, consoante, igualmente, entendimento já firmado no STJ, senão vejamos:

> CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. MENSAGENS OFENSIVAS À HONRA DO AUTOR VEICULADAS EM REDE SOCIAL NA *INTERNET* (ORKUT). MEDIDA LIMINAR QUE DETERMINA AO ADMINISTRADOR DA REDE SOCIAL (GOOGLE) A RETIRADA DAS MENSAGENS OFENSIVAS. FORNECIMENTO POR PARTE DO OFENDIDO DAS URLS DAS PÁGINAS NAS QUAIS FORAM VEICULADAS AS OFENSAS. DESNECESSIDADE. RESPONSABILIDADE TÉCNICA EXCLUSIVA DE QUEM SE BENEFICIA DA AMPLA LIBERDADE DE ACESSO DE SEUS USUÁRIOS.
> 1**. <u>O provedor de internet - administrador de redes sociais -, ainda em sede de liminar, deve retirar informações difamantes a terceiros manifestadas por seus usuários, independentemente da indicação precisa, pelo ofendido, das páginas que foram veiculadas as ofensas (URL's)</u>**.
> 2. Recurso especial não provido.
> (REsp 1175675/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 20/09/2011) – grifos nossos.
>
> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. PROVEDOR. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. RETIRADA. REGISTRO DE NÚMERO DO IP. DANO MORAL. AUSÊNCIA. PROVIMENTO.
> 1.- No caso de mensagens moralmente ofensivas, inseridas no site de provedor de conteúdo por usuário, não incide a regra de responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do Cód. Civil/2002, pois não se configura risco inerente à atividade do provedor. Precedentes.
> 2.- É o provedor de conteúdo obrigado a retirar imediatamente o conteúdo ofensivo, pena de responsabilidade solidária com o autor direto do dano.

> 3.- **O provedor de conteúdo é obrigado a viabilizar a identificação de usuários, coibindo o anonimato; o registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na *internet* constitui meio de rastreamento de usuários, que ao provedor compete, necessariamente, providenciar**.
> 4.- Recurso Especial provido. Ação de indenização por danos morais julgada improcedente.
> (REsp 1306066/MT, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/04/2012, DJe 02/05/2012) – grifos nossos.

Finalmente, os requisitos presentes no art. 273, CPC, que cuidam da tutela antecipada, foram suficientemente observados, já que há prova inequívoca da alegação, traduzida por meio das ofensas perpetradas contra o estabelecimento comercial e verossimilhança das alegações, a qual está amparada pelo jurisprudência dos Tribunais Superiores.

À vista do exposto, em consonância com o parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço o presente agravo de instrumento, mas nego-lhe total provimento, a fim de determinar a retirada pela agravante da mensagem ofensiva, nos termos da liminar anteriormente concedida.

É como voto.

Fortaleza, 19 de agosto de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1144-55.2009.8.06.0000/0
AGRAVANTE: ANA MARIA DUARTE
AGRAVADO: LOJAS MACAVI
LOCAL DE ORIGEM: 2ª VARA DA COMARCA DE CRATO
AÇÃO DE ORIGEM: CAUTELAR INOMINADA
RELATOR: DESEMBARGADOR FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACIDENTE DE VEÍCULO. INDENIZAÇÃO – TUTELA ANTECIPADA – AUSENTES OS REQUISITOS DO ART. 273 DO CPC – MEDIDA INDEFERIDA - RECURSO IMPROVIDO.

1. A agravante ingressou com ação ordinária de indenização decorrente de acidente de veículo e requereu, a título de antecipação de tutela, o pagamento de pensão mensal no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a fim de custear despesas com tratamento médico e alimentos.

2. A medida pleiteada pela agravante é excepcional, e o seu deferimento pressupõe a existência de prova inequívoca do alegado.

3. Conquanto não se duvide de que o empregador seja responsável pela reparação civil dos danos causados pelo preposto, a situação revelada no caso em exame ainda não aponta, com a certeza necessária, para o tipo de relação existente entre a empresa agravada e o motorista do veículo atropelador.

4. Interlocutória mantida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 1144-55.2009.8.06.0000/0, 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/VOTO

Tratam os presentes autos de agravo de instrumento ajuizado por Ana Maria Duarte contra a decisão interlocutória proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara da Comarca de Crato, que indeferiu o pedido de antecipação de tutela intentado contra

as Lojas Macavi, objetivando o recebimento de pensão mensal decorrente de acidente de trânsito.

Nas razões de sua insurgência, afirma a recorrente ter sido gravemente lesionada em decorrência de atropelamento causado por um caminhão da empresa promovida, e, afirmando estarem presentes os requisitos que configuram a obrigação de indenizar, pugna pela reforma da decisão recorrida e pela concessão da medida pleiteada.

O agravado apresentou contraminuta (fls. 65/67), pugnando pelo improvimento do recurso.

Expedido ofício ao Juízo de origem, vieram as informações de fls. 75/76, defendendo a manutenção da decisão guerreada.

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

É o relatório, em síntese. Passo a proferir voto.

Conheço do recurso, porquanto presentes seus requisitos.

A agravante ingressou com ação ordinária de indenização decorrente de acidente de veículo, e, em sede de ação cautelar inominada, requereu, a título de antecipação de tutela, o pagamento de pensão mensal no valor de R$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), a fim de custear despesas com tratamento médico e alimentos.

Segundo as informações prestadas pelo douto juízo de origem, a prova trazida aos autos não é suficiente para atribuir à empresa ré a responsabilidade pela reparação dos danos apontados pela autora.

Não vislumbro razão para modificar a decisão recorrida.

Conquanto não se duvide de que o empregador seja responsável pela reparação civil dos danos causados pelo preposto, a situação revelada no caso em exame ainda não aponta, com a certeza necessária, para o tipo de relação existente entre a empresa agravada e o motorista do veículo atropelador.

A medida pleiteada pela agravante é excepcional, e o seu deferimento pressupõe a existência de prova inequívoca do alegado. Assim tem decidido esta Corte de Justiça:

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ACIDENTE DE VEÍCULO. CONCESSÃO DE TUTELA IMPONDO AO AGRAVANTE PAGAMENTO DE PENSÃO. INEXISTÊNCIA DE PROVA INEQUÍVOCA DA VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES. ARTIGO 273, *CAPUT* DO CPC. AGRAVO CONHECIDO E PROVIDO.
> ('OMISSIS').
> 5. Sem a prova suficiente ou capaz de demonstrar a plausibilidade do direito invocado, com a presença de elementos que possam formar a convicção do juiz, descabe a concessão da antecipação de tutela.
> (Agravo de Instrumento 2635598200680600000, TJCE, 1ª Câmara Cível, Relator: Des. EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE, registro em 25/04/2012)."

Embora haja nos autos um Boletim de Ocorrência, onde o motorista atropelador afirma que no momento do acidente estava a serviço da empresa promovida, a questão relativa à legitimidade depende de dilação probatória para que seja melhor esclarecida, pois a empresa apontada como ré afirma ser parte ilegítima para figurar no polo passivo da demanda, negando a condição de preposto do condutor do caminhão envolvido no sinistro.

Por outro lado, além da impossibilidade de avaliar com segurança todas as peculiaridades que envolveram o acidente, uma vez desembolsados valores em favor da autora, não há nos autos elementos que indiquem a possibilidade razoável de reversão da medida.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao presente recurso.

É como voto.

Fortaleza, 06 de março de 2013.

PROCESSO Nº 14541-21.2008.8.06.0000/0
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE RERIUTABA
AGRAVADOS: ANTÔNIO DE QUEIROZ FILHO E OUTROS
ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CÍVEL
RELATORA: DESEMBARGADORA MARIA NAILDE PINHEIRO NOGUEIRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. EXONERAÇÃO SUMÁRIA DE SERVIDORES PÚBLICOS SOB A INVOCAÇÃO DE FUNDAMENTOS RELACIONADOS À ILEGALIDADE DE SUAS RESPECTIVAS INVESTIDURAS SEM PRÉVIO PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Embora se reconheça a possibilidade de a Administração Pública anular os seus próprios atos quando eivados de vícios, ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade (súmula 473, do STF), é necessário que se preserve, no exercício de tal prerrogativa, o princípio da ampla defesa e do contraditório em favor do servidor interessado, sob pena de superlativa ofensa à cláusula do *due process of law*.

2. A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, seguindo o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, entende não ser possível a exoneração sumária de servidor público sob a invocação de fundamentos relacionados à ilegalidade do certame sem que antes seja oportunizado ao servidor o exercício da ampla defesa, em processo administrativo previamente constituído, no âmbito do qual possam ser apuradas e redarguidas as irregularidades eventualmente existentes. Precedentes.

3. Agravo conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em epígrafe, ACORDAM os Desembargadores que compõem a 2ª Câmara Cível, por votação unânime, em conhecer e negar provimento ao Agravo de Instrumento nº 14541-21.2008.8.06.0000/0, em

conformidade com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça e nos termos do voto da Desa. Relatora.

RELATÓRIO

Cogita-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Reriutaba em face de Antônio de Queiroz Filho e outros impugnando decisão do juízo da Vara Única da Comarca de Reriutaba, que, nos autos da Ação Anulatória de nº 235-61.2008.8.06.0157/0, deferiu parcialmente a medida liminar perseguida pelos autores (agravados) para determinar sua imediata reintegração nos cargos públicos que ocupavam, nos termos da decisão que adormece às fls. 209/210.

Contra a aludida decisão o ente público sustenta, em síntese, que houve violação ao art. 1º e 2º-B da Lei 9.494/97, que proíbe a concessão de medida liminar contra a Fazenda Pública e, ainda, que não estão presentes os requisitos autorizadores à concessão da medida.

O Des. João de Deus Barros Bringel, originalmente designado Relator, indeferiu a súplica liminar (fls. 219/222).

Contrarrazões apresentadas às fls. 225/233, em que os agravados basicamente reproduzem a decisão do Des. Relator, postulando que se mantenha em sede meritória.

Informações do juízo *a quo* prestadas às fls. 235/236.

A Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 240/245, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

De início, tenho por presentes os pressupostos de recorribilidade, pelo que conheço do agravo.

No mérito, vislumbro que a decisão encontra-se alinhada com a jurisprudência desta Corte que tem considerado ilegais os Decretos, normalmente lavrados no início das administrações municipais que sucedem as eleições, que demitem servidores públicos sem prévia instauração de processo administrativo. Veja-se:

> Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS APROVADOS EM CONCURSO PÚBLICO REGULARMENTE NOMEADOS E EMPOSSADOS A MAIS DE 01 (UM) ANO. EXONERAÇÃO. DECRETO MUNICIPAL. INOBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. REQUISITOS. PRESENÇA. CONCESSÃO DA MEDIDA. PROCEDÊNCIA. SENTENÇA CONFIRMADA.

1. A ação cautelar busca garantir a eficácia e utilidade prática do processo, para que seu resultado seja eficaz, útil e operante.
2. Para obtenção de tutela jurisdicional cautelar são necessários os requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*. Verificada a presença destes, torna-se patente a possibilidade de concessão da medida.
3. No caso, provado o *fumus boni iuris* pela nulidade evidente do ato administrativo perpetrado pelo Prefeito Municipal, exonerando servidores públicos regularmente nomeados e empossados a mais de 01 (um) ano, sem a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e o *periculum in mora* pelo não pagamento dos vencimentos, deve ser julgada procedente a ação cautelar.
4. Reexame conhecido e não provido. Sentença confirmada.
(Relator(a): ANTÔNIO ABELARDO BENEVIDES MORAES; Órgão julgador: 3ª Câmara Cível; Data do julgamento: 29/06/2009; Data de registro: 06/07/2009)

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. SERVIDORES PÚBLICOS. EXONERAÇÃO EM VIRTUDE DE ANULAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO POR ATO UNILATERAL DE PREFEITO. NECESSIDADE DE PRÉVIA INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.
1. Reclama da sentença que decretou a nulidade do decreto municipal nº 29 de 2001 que, por sua vez, havia nulificado o certame e mandado, subsecutivamente, reintegrar os apelados, definitivamente, aos seus cargos públicos, nos termos da publicação no Diário Oficial do Estado do Ceará datado do dia 02 de setembro de 1999.
2. Cabe, então, decidir acerca da sobrevida do decreto pautado que, como disse, invalidou o concurso para Auxiliar de Serviço quando já concluída todas as suas fases, e os aprovados já nomeados e exercendo seus cargos há pouco mais de um ano.
3. Compreendo, pois, que, se os aprovados já havia sido nomeados e exerciam seus cargos, cabia à Administração Pública instaurar, motivadamente, processos administrativos concedendo, a cada um deles o direito ao contraditório e ampla defesa. Somente com base no resultado destas providências (instauração dos procedimentos administrativos para cada um dos candidatos) é que é possível saber se foram violados os princípios citados pelo apelante (isonomia, ampla defesa, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, finalidade, razoabilidade e proporcionalidade). Ou seja, esta é a única via capaz de apurar ou não as ilegalidades apontadas.
4. Não enxergo, portanto, a presença do conflito entre princípios. O que eu vejo consiste na presença de erro quando na escolha do instrumento utilizado, embora citando os referidos princípios, para concluir pela anulação do concurso público, esquecendo, quiçá, à Administração Pública a existência do direito adjetivo no ordenamento jurídico, e ainda mais, disposição do próprio decreto que dispõe, a conselho do Tribunal de Contas do Município, ordem de realização de diligência para ouvir os aprovados e nomeados e já exercente dos cargos para manifestarem-se em 5 dias. Se, quando de sua contestação, não juntaram qualquer prova a respeito, e

> mais ainda, quando, mesmo que houvesse sido intimados, não era possível, por esta via, considerar como preservados os princípios referidos do contraditório e ampla defesa, concluo facilmente, repiso, que somente pela via do processo administrativo é que era possível apurá-las (denúncias), trazendo-as, se fosse o caso, para o mundo jurídico.
> 5. Portanto, para rever ou praticar os seus atos, a exceção das nomeações ou exonerações "ad nutum", o administrador precisa, por primeiro, eleger a via correta e, por segundo, respeitar, sobretudo, os princípios da ampla defesa e contraditório. É esta linha de pensamento fincada na súmula 473 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: "poder anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais", sem deixar de observar o devido processo legal, ou melhor explicando, prevendo em seu texto que precisa ser utilizada a via correta de apuração dos fatos e estrita obediência a sua ritualística.
> 6. Visualizo, por certo, ofensa aos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa, matéria, inclusive, já sumulada pelo Supremo Tribunal Federal, senão vejamos: "SÚMULA 20 DO STF: É necessário processo administrativo, com ampla defesa, para demissão de funcionário admitido por concurso".
> 7. No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: CONCURSO. ANULAÇÃO APÓS NOMEAÇÃO E POSSE DOS CANDIDATOS SOMENTE MEDIANTE PROCESSO ADMINISTRATIVO ASSEGURADA AMPLA DEFESA. SEM ESSA PROVIDÊNCIA A ANULAÇÃO DO CONCURSO IMPORTA, EM ÚLTIMA ANÁLISE EM DEMISSÃO DOS FUNCIONÁRIOS, SEM A GARANTIA DE DEFESA. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 22 E 21 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO NÃO CONHECIDO. (Resp. 335/MA - 14/02/1990, 2ª Turma)
> 8. Diante do exposto, conheço o recurso e nego-lhe provimento.
> (Apelação / Reexame Necessário 119656200080601651; Relator(a): EMANUEL LEITE ALBUQUERQUE; Comarca: Fortaleza; Órgão julgador: 1ª Câmara Cível; Data de registro: 29/02/2012)

Tal entendimento decorre do fato de que, embora a Administração possa rever os seus atos no exercício do poder de autotutela, deve oportunizar o exercício do contraditório e da ampla defesa, quando de tal exercício puder resultar lesão à esfera jurídica individual de terceiros. Neste sentido, colha-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. CONTINUIDADE NO CERTAME POR FORÇA DE MEDIDA LIMINAR. APROVAÇÃO. POSSE E EXERCÍCIO HÁ MAIS DE QUATORZE ANOS. ANULAÇÃO DO ATO DE NOMEAÇÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NECESSIDADE. SÚMULA VINCULANTE Nº 3/STF. SEGURANÇA CONCEDIDA.
> 1. Mandado de segurança impetrado contra ato que, catorze anos após a nomeação e posse da Impetrante no cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho e quatro anos após o trânsito em julgado de decisão que denegou a ordem

> em mandado de segurança em que fora deferida liminar para participação na segunda etapa do concurso público, tornou sem efeito a sua nomeação sem que lhe fosse assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa.
> 2. Consoante inteligência da Súmula 473/STF, a Administração, com fundamento no seu poder de autotutela, pode anular seus próprios atos, desde que ilegais. Ocorre que, quando tais atos produzem efeitos na esfera de interesses individuais, mostra-se necessária a prévia instauração de processo administrativo, garantindo-se a ampla defesa e o contraditório, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, 2º da Lei 9.784/99 e 35, II, da Lei 8.935/94.
> 3. Considerando-se a existência, na esfera da Administração Pública Federal, de situação similar envolvendo concurso público para o Departamento de Polícia Federal, onde se encontrou, após anos de investiduras por via judicial, adequada solução administrativa para as respectivas situações funcionais, mostra-se inviável reconhecer, de antemão, uma suposta inutilidade de reabertura do processo administrativo contra a Impetrante, sem que lhe sejam assegurados o contraditório e ampla defesa.
> 4. Segurança concedida para anular o ato impugnado, restaurando-se o *status quo ante*, por afronta aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, Custas *ex lege*. Sem condenação ao pagamento de honorários advocatícios, nos termos da Súmula 105/STJ.
> (MS 15.474/DF, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/03/2013, DJe 17/04/2013)

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL. PENSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO. ILEGALIDADE. AUTOTUTELA. SUPRESSÃO DOS PROVENTOS. DEVIDO PROCESSO LEGAL. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. OBRIGATORIEDADE. PRECEDENTES DO STJ.
> 1. Esta Corte Superior, de fato, perfilha entendimento no sentido de que a Administração, à luz do princípio da autotutela, tem o poder de rever e anular seus próprios atos, quando detectada a sua ilegalidade.
> 2. Todavia, quando os referidos atos implicarem invasão da esfera jurídica dos interesses individuais de seus administrados, é obrigatória a instauração de prévio processo administrativo, no qual seja observado o devido processo legal e os corolários da ampla defesa e do contraditório.
> 3. Agravo regimental não provido.
> (AgRg no REsp 1253044/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2012, DJe 26/03/2012)

Por fim, a jurisprudência é pacífica no sentido de que não há ofensa ao dispositivo que estabelece as proibições à concessão de liminar quando há, na verdade, uma reintegração de servidores, que já vinham regularmente percebendo seus vencimentos.

DO EXPOSTO, conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto, sr. Presidente.

Fortaleza (CE), 16 de outubro de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 205510.81.2008.8.06.0000/0
AGRAVANTE: LUIZ KLEBER MAIA LAVOR
AGRAVADO: ESTADO DO CEARÁ
ORIGEM: 4ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA. AGENTE POLÍTICO. EX-GESTOR DA CÂMARA MUNICIPAL DE JUAZEIRO DO NORTE. AÇÃO ANULATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA PARA SUSPENDER OS EFEITOS DE ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. APLICAÇÃO DE MULTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DE MEDIDA ANTECIPATÓRIA.

1. Trata-se de recurso de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto em face de decisão que, em sede de Ação Anulatória de Julgamento de Contas promovida pelo ora agravante em desfavor do Estado do Ceará, indeferiu pedido de suspensão dos efeitos do julgamento do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas de responsabilidade do agravante, exercício financeiro do ano 2000, quando Presidente da Câmara Municipal de Juazeiro do Norte, por ser constatado o desrespeito à legislação com a inexistência de licitação para gastos com divulgação e publicação dos atos administrativos, para gastos com passagens aéreas, elevado gasto com cargos em comissão e demais atos elencados às fls. 59/60.

2. A verossimilhança das alegações não se revela no caso concreto, uma vez no processo administrativo na esfera da Corte de Contas foram assegurados ao agravante o contraditório e a ampla defesa, não havendo falhas formais no procedimento a amparar medida antecipatória. O TCM apenas cumpriu sua missão constitucional de zelo pela coisa pública, haja vista o desrespeito à legislação apurados pelo órgão técnico, a justificar a imputação de multa de R$ 7.448,70(sete mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e setenta centavos) e imputação de débito de R$ 15.995,95 (quinze mil, novecentos e noventa e cinco reais e noventa e cinco centavos), com base na Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios, Lei

Estadual nº 12.160/93.
3. Recurso conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento nº 20551081.2008.8.06.0000/0**,** em que figuram as partes acima referidas, acordam os Senhores Desembargadores integrantes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, negar provimento ao recurso nos termos do voto do relator.

Fortaleza-CE, 19 de janeiro de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo, interposto por LUIZ KLEBER MAIA LAVOR em face de decisão proferida pelo MM Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, que, em sede de Ação Anulatória de Julgamento de Contas promovida pelo ora agravante em desfavor do Estado do Ceará, indeferiu pedido de suspensão dos efeitos do julgamento do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas de responsabilidade do agravante, exercício financeiro do ano 2000, quando Presidente da Câmara Municipal de Juazeiro do Norte.

Sustenta o agravante, em linhas gerais, a ausência de fundamentação no julgamento perante a Corte de Contas bem como a ofensa aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Requer a concessão de efeito ativo para suspender os efeitos do Acórdão nº 2000.PCS.26.861/02 do TCM, e, por fim, o provimento do presente recurso.

Às fls. 135/127 esta relatoria indeferiu o pedido de efeito ativo.

À fl. 142 o MM Juiz de Direito da 4ª Vara da Fazenda Pública prestou informações. Embora devidamente intimado, o ESTADO DO CEARÁ não ofereceu contrarrazões.

No parecer de fls. 146/151 a representante da Douta Procuradoria Geral de Justiça opina pelo desprovimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

O agravo em exame dirige-se ao indeferimento de tutela antecipada com o escopo de suspender dos efeitos do Acórdão nº 215/2004 proferido pelo Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará no processo de Tomadas de Contas de

Gestão nº 26.861/02 pelo qual a Corte de Contas decidiu pela desaprovação das Contas da Câmara Municipal de Juazeiro do Norte, de responsabilidade do agravante, exercício de 2000, por serem constatados inexistência de licitação para gastos com divulgação e publicação dos atos administrativos, para gastos com passagens aéreas, elevado gasto com cargos em comissão e demais atos elencados às fls. 59/60.

O exame do presente agravo de instrumento está restrito à verificação do atendimento dos requisitos genéricos e específicos para a concessão da tutela antecipada.

Na hipótese, o MM Juiz assim fez consignar na decisão ora impugnada, fls. 126/127:

> "Conforme a documentação apresentada pelo autor, observa-se que a Coordenadoria de Fiscalização do TCM realizou inspeção na Câmara Municipal de Juazeiro do Norte, elaborando detalhado relatório(fls.35/74), que motivou a oportunidade de defesa ao requerente, concedendo-se-lhe prazo para apresentar suas justificativas(fl96), que foram ofertadas inclusive de modo intempestivo (fl.353) e, mesmo assim, embora já julgado o caso pelo TCM (fls.347/349), determinou-se a apreciação daquelas razões, submetendo-se o caso a novo exame, inclusive com publicação do julgamento e abrindo-se a possibilidade de recurso administrativo (fl.383), julgando-se em definitivo a prestação de contas relativo ao ano de 2000 daquela Câmara Municipal (fl.425).
> Desse modo, nessa fase processual, não me parece razoável invalidar um ato do Tribunal de Contas dos Municípios do Estado do Ceará, antes mesmo do contraditório, sob pena de se esvaziar as relevantes prerrogativas e garantias do TCM em sua função constitucional de controlar e fiscalizar a Administração Pública dos Municípios deste Estado".

Com efeito, a verossimilhança das alegações não se revela no caso concreto, uma vez no processo administrativo na esfera da Corte de Contas foram assegurados ao agravante o contraditório e a ampla defesa, não havendo falhas formais no procedimento a amparar medida antecipatória. O TCM apenas cumpriu sua missão constitucional de zelo pela coisa pública, haja vista o desrespeito à legislação apurados pelo órgão técnico, a justificar a imputação de multa de R$ 7.448,70 (sete mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e setenta centavos) e imputação de débito de R$ 15.995,95 (quinze mil, novecentos e noventa e cinco reais e noventa e cinco centavos) com base na Lei Orgânica do Tribunal de Contas dos Municípios, Lei Estadual nº 12.160/93..

Nesse passo, em exame superficial dos elementos dos autos, onde não se pretende esgotar o objeto da ação originária que objetiva a anulação do procedimento administrativo em alusão, considero que as alegações e os documentos apresentados na inicial não convencem da existência de ilegalidades ou irregularidades no acórdão nº 215/04 do TCM.

Em casos análogos, esta Corte já decidiu:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA.

AGENTE POLÍTICO. PRESTAÇÃO DE CONTAS. DESAPROVAÇÃO. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DE ACORDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. A tutela antecipada só deve ser concedida se presentes os requisitos do art. 273 do Código de Processo Civil, quais sejam, a verossimilhança das alegações do autor e a existência de dano irreparável ou de difícil reparação.

2. No caso, pelo exame superficial dos elementos dos autos, não é possível se aferir, de plano, a existência de ilegalidades e/ou irregularidades no acórdão do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas de responsabilidade do agravado, referente ao exercício de 2004, restando, assim, ausente a verossimilhança da alegação.

3. Recurso conhecido e provido. Decisão reformada.

(TJCE, AI nº 2008.0038.8581-6/ 0, 3ª Câmara, Rel. Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes, j. 20.07.2009).

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. SUSPENSÃO DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DOS MUNICÍPIOS. PRESTAÇÃO DE CONTAS. PREFEITO. DESAPROVAÇÃO. ILEGALIDADES E IRREGULARIDADES. NÃO COMPROVAÇÃO. TUTELA ANTECIPADA. VEROSSIMILHANÇA. AUSÊNCIA. CONCESSÃO DA MEDIDA. IMPOSSIBILIDADE.

1. No caso, pelo exame superficial dos elementos dos autos, não é possível se aferir, de plano, a existência de ilegalidade e/ou irregularidade no parecer prévio do Tribunal de Contas dos Municípios que desaprovou as contas da agravada, restando, assim, ausente a verossimilhança da alegação.

2. Não compete ao Poder Judiciário invadir a competência constitucional dos Tribunais de Contas dos Municípios para analisar o mérito de seus julgamentos. O controle do Judiciário restringe-se tão somente a afastar irregularidades formais.

3. Recurso conhecido e provido.

(TJCE, AI nº 2008.0037.5668-4/0, 2ª Câmara, Des. Rel. Francisco de Assis Filgueira Mendes).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. PRELIMINARES REJEITADAS. DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS QUE DESAPROVOU PRESTAÇÃO DE CONTAS DE AGENTE POLÍTICO. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO PROCESSO DE TOMADA DE CONTAS DA CORTE DE FISCALIZAÇÃO ORÇAMENTÁRIA. - No caso, agravo de instrumento interposto pelo Estado do Ceará, em ação anulatória, por meio da qual ex-agente pública municipal se insurgiu contra julgamento do TCM, que desaprovara sua prestação de contas.

1. Preliminar de ausência de declaração de autenticidade das peças que formaram o instrumento. - As cópias formadoras do agravo de instrumento presumem-se autênticas, somente podendo ser colocada em dúvida a sua veracidade mediante impugnação específica, por meio da qual sejam apontados quais documentos foram alterados em sua substância, o que não

ocorreu na hipótese. - Preliminar afastada.
2. Preliminar de não informação no Juízo a quo acerca da interposição do recurso. - Não basta a simples afirmação de que o agravante não observou a exigência contida no *caput* do Art. 526 do CPC. Referido argumento deve vir acompanhado de provas capazes de comprovar o alegado, o que não ocorreu no caso em análise. - Preliminar desacolhida.
3. Mérito: - A Constituição Federal, em seu Art. 31 e parágrafos, dispõe sobre o necessário controle externo, a ser exercido pelas Cortes de Contas (TCM). Portanto, não é ilegal, nem inconstitucional, o processo de tomada de contas realizado por tal órgão de fiscalização orçamentária. No mesmo sentido, e de forma complementar, o Art. 71, II e VIII da Carta Magna. - Em precedente símile, ensina o STJ que "compete ao Tribunal de Contas o processo e o julgamento da ação de prestação de contas contra ex-prefeito, não cabendo ao Poder Judiciário tal mister, *ex vi* do artigo 71 c/c o artigo 75, ambos da CF/88." (STJ - REsp 200347/RO, Ministro FRANCISCO FALCÃO, DJ 23.06.2003, p. 243). - Precedente do STJ e do TJCE. - Agravo conhecido e provido. - Decisão reformada. - Unânime.
(AI n°20757952008800600000, Relatora Desa. Maria Iracema Martins do Vale, j.09.12.2009)

Diante das considerações expostas voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso para confirmar a decisão proferida em 1° grau de jurisdição.

É como voto.

Fortaleza, 19 de janeiro de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO n° 37371-42.2010.8.06.0000/0
AGRAVANTE: IONE LIMA FREITAS
AGRAVADO: BANCO ITAUCARD S/A
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO E MAÇÃO REVISIONAL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO PELO MAGISTRADO *A QUO*. MATÉRIAS DEVOLVIDAS PREJUDICADAS, À EXCEÇÃO DA DISCUSSÃO ACERCA DA LEGALIDADE DA COBRANÇA DE JUROS SOBRE JUROS. CONSTITUCIONALIDADE DA PACTUAÇÃO DO ANATOCISMO. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E IMPROVIDO.

- O magistrado *a quo* informou que, em juízo de retratação, determinou ao agravado que acostasse aos autos a cópia do contrato celebrado entre as partes, bem como a indicação dos juros pactuados e, por fim, que se abstenha de incluir o nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, ou que proceda à sua retirada, caso este já tenha sido negativado. Deste modo, somente a questão do anatocismo não se encontra prejudicada pelo exercício do juízo de retratação.

- Sobre a cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, tem-se que – consoante enunciado da Súmula 596 do STF – já está sedimentada na jurisprudência a inaplicabilidade da limitação prevista no art. 1º da Lei da Usura às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional, tais como o banco demandado. O Pretório Excelso assentou que dita norma – vigente até o advento da EC nº. 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Sobre o tema foi editada a súmula nº 648.

- Em nível infraconstitucional, a matéria foi devidamente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor (Recurso Especial nº 1.061.530-RS), ficando sedimentado o entendimento de que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

- Agravo de Instrumento conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 37371-42.2010.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima referidas.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em negar provimento ao agravo, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por Ivone Lima Freitas objetivando a reforma da interlocutória, de fls. 88/89, proferida pelo Juiz de Direito da 28ª Vara Cível desta comarca, na ação revisional de contrato de administração de cartão de crédito, autuada sob o nº 141083-47.2009.8.06.0001, e que indeferiu o pedido de depósito judicial das parcelas contratuais com a aplicação de taxa de juros inferior à contratada e, ainda, determinou que a autora, ora recorrente, apresentasse planilha de cálculos com a incidência do índice de juros pactuado, bem como a cópia do contrato.

A agravante sustenta que o contrato celebrado entre as partes não foi entregue até a presente data, pretendendo que a instituição financeira promovida efetue a respectiva juntada aos autos da cópia do instrumento obrigacional. Destaca, ainda, a prática abusiva por parte do recorrido que vem aplicando juros sobre juros, configurando o ato de anatocismo e contrariando o enunciado da Súmula nº 121, do Supremo Tribunal Federal.

Pugna pela atribuição de efeito suspensivo à interlocutória agravada e, no mérito, pela sua reforma. Juntou os documentos de fls. 18/89.

Recebidos os autos nesta Corte de Justiça, fui designado Relator. Deneguei o efeito suspensivo. Determinei a intimação da contraparte para o oferecimento de resposta. Requisitei, ainda, informações ao Juiz da causa (fl.95).

Às fls. 98/100, o magistrado *a quo* informou que, em juízo de retratação, determinou ao agravado que acostasse aos autos a cópia do contrato celebrado entre as partes, bem como a indicação dos juros pactuados e, por fim, que se abstenha de incluir o nome da parte autora nos cadastros de inadimplentes, ou que proceda à sua retirada, caso este já tenha sido negativado.

Contraminuta às fls. 124/133.

É o relato.

VOTO

Diante das informações prestadas pelo nobre magistrado de primeiro grau,

vejo que uma única matéria não se encontra prejudicada pelo exercício do juízo de retratação.

Trata-se da questão do anatocismo imputado como inconstitucional pela agravante.

Sobre a cobrança de juros remuneratórios acima de 12% ao ano, tem-se que – consoante enunciado da Súmula 596 do STF – já está sedimentada na jurisprudência a inaplicabilidade da limitação prevista no art. 1º da Lei da Usura às instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional, tais como o banco demandado. É o que se lê da ementa em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

> "PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - AGRAVO REGIMENTAL – CONTRATO BANCÁRIO - FINANCIAMENTO COM ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA – JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO AFASTADA - SÚMULAS 596/STF E 283/STJ - APLICABILIDADE - JUROS MORATÓRIOS - CONTRATAÇÃO - POSSIBILIDADE - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - MANUTENÇÃO NA PERIODICIDADE ANUAL – DECISÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS - DESPROVIMENTO.
> 1 - Esta Corte, no que se refere aos juros remuneratórios, firmou-se no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplicam as limitações fixadas pelo Decreto 22.626/33, de 12% ao ano, aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional (Súmula 596 do STF), salvo nas hipóteses de legislação específica. Precedentes.
> 2 - Outrossim, conforme orientação da Segunda Seção, não se podem considerar presumidamente abusivas taxas acima de 12% ano, sem que tal fato esteja cabalmente comprovado nos autos, o que, *in casu*, não restou evidenciado pelo v. acórdão recorrido.
> 3 - Quanto à questão dos juros moratórios, resta consolidado o entendimento de que, ante o disposto no art. 1.062 do CC de 1916, deve ser mantido o percentual pactuado (1% ao mês), em atenção ao princípio do *pacta sunt servanda*. Precedentes (AgRg REsp nºs 602.053/RS e 554.709/RS).
> 4 - Esta Corte já firmou o entendimento de que, nos contratos firmados por instituições financeiras, posteriormente à edição da MP 1.963-17/2000, de 31/3/2000, é possível a incidência de capitalização mensal dos juros, desde que expressamente pactuada. Todavia, conforme explicitado no *decisum* ora impugnado, verificando-se, *in casu*, que o agravante não traz fundamentação suficiente para ultrapassar a jurisprudência antiga deste Tribunal, há de ser permitida a sua incidência na periodicidade anual.
> 5 - Não há que se falar em modificação dos honorários advocatícios fixados, tendo em vista que a decisão restou mantida em todos os seus termos. Irretocável a partilha fixada.
> 6 - Agravo regimental desprovido."
> (AgRg no REsp 832162/RS; DJ 07/08/2006, PG: 241; Rel. Min. Jorge Scartezzini)."

Nem se alegue a hipótese de aplicação do antigo art. 192, §3º da Constituição da República, que previa a limitação dos juros reais ao percentual de 12% ao ano. O

Supremo Tribunal Federal assentou que dita norma – vigente até o advento da EC nº. 40/03 – era de eficácia limitada, dependente de regulamentação que jamais aconteceu. Tanto assim que o Pretório Excelso editou a súmula n. 648, com a seguinte redação:

> "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".

Ademais, cumpre asseverar que esta matéria foi devidamente enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do incidente de processo repetitivo referente aos contratos bancários subordinados ao Código de Defesa do Consumidor (Recurso Especial nº 1.061.530-RS), ficando sedimentado o entendimento de que a estipulação de juros remuneratórios superiores a 12% ao ano, por si só, não indica abusividade.

Do exposto, nego provimento ao recurso, mantendo a decisão atacada com as devidas modificações decorrentes do exercício do juízo de retratação.

É como voto.

Fortaleza, 16 de março de 2011.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0006186-17.2011.8.06.0000.
AGRAVANTE: CDMAX SOLUTIONS COMERCIAL DE INFORMÁTICA LTDA..
AGRAVADA: BROTHER INTERNATIONAL CORPORATION DO BRASIL LTDA..
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO CIVIL/COMERCIAL. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO AGRAVO. REJEIÇÃO. MÉRITO. COMERCIALIZAÇÃO DE PRODUTOS ADQUIRIDOS POR REVENDEDORES AUTORIZADOS. POSSIBILIDADE. LIVRE CONCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PROVIDO.

1. No caso, agravo de instrumento interposto contra decisão interlocutória de primeiro grau que deferiu a liminar requerida, no sentido de obstar a comercialização dos produtos da agravada.

2. Preliminar de não conhecimento do agravo em virtude da alegada ausência de indicação do endereço dos advogados dos litigantes. Rejeição.

- A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de "considerar prescindível a indicação do nome e endereço completos do advogado, quando for possível a obtenção dessas informações por outros documentos, o que se verifica no presente caso. Precedentes." (AgRg no AREsp 276.389/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe 22/05/2013).

- Verifica-se que os instrumentos procuratórios acostados nos autos indicam os endereços dos causídicos, não existindo razão para acolher a preliminar arguida.

3. MÉRITO. O art. 132, III da Lei 9.279/96, que regula os direito e obrigações relativos à propriedade industrial, assegura que "o titular da marca não poderá impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento".

4. Deste modo, uma vez comprovado que a agravante adquiriu os produtos por revendedores autorizados da agravada, não existe razão para proibir que continue comercializando as mercadorias legalmente adquiridas.

- Agravo de instrumento conhecido e provido.

- Decisão interlocutória reformada.
- Unânime.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0006186-17.2011.8.06.0000, contra decisão do Juízo da 20ª Vara Cível de Fortaleza, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda esta 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do agravo de instrumento para rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, DAR-LHE provimento, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 24 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da 20ª Vara Cível de Fortaleza, que deferiu pedido de antecipação de tutela formulado nos autos da ação de obrigação de não fazer c/c indenização por perdas e danos movida pela agravada.

O caso/a ação originária: A empresa Brother International Corporation do Brasil Ltda. ajuizou ação de obrigação de não fazer c/c indenização por perdas e danos com pedido de liminar argumentando que possui rede de distribuição autorizada com exclusividade para venda, assistência técnica e atendimento com garantia das máquinas e equipamentos "brother". Para tanto, sustentou que a recorrente estaria comercializando impressoras e suprimentos da marca mencionada, os quais estariam ingressando no Brasil através de importação paralela, além de utilização em produtos de outros fabricantes, em violação a Lei de Propriedade Industrial, induzindo o consumidor a erro.

Por tais razões, requereu, em sede de tutela antecipada "que a demandada se abstenha do uso indevido da marca 'BROTHER', bem como da comercialização de quaisquer outros que ostentem a mesma marca, sem a devida autorização, como os provenientes de importação paralela, cominando-se, em caso de descumprimento, multa diária em valor a ser fixado de acordo com o elevado critério de V. Exa. em patamar mínimo o suficiente para desestimular o descumprimento da ordem" (fl. 71).

A decisão agravada: o magistrado de primeiro grau de jurisdição deferiu o pedido de tutela antecipada (fls. 34/35). Confira-se seu dispositivo:

> "ISSO POSTO, entendo comprovados os elementos exigidos para a antecipação dos efeitos da tutela requerida, razão pela qual, defiro a tutela antecipada pleiteada com fulcro no art. 461, *caput,* do CPC, nos termos requeridos na inicial, sob pena de lhe ser aplicado multa diária de R$ 500,00 (quinhentos reais)."

Do agravo: Inconformada, a empresa ré interpôs o presente recurso, suplicando pela reforma da interlocutória de fls. 34/35. Em síntese, alegou a impossibilidade de concessão de liminar satisfativa, bem como que não fora atendido ao que dispõe o art. 273 do CPC. No mérito, asseverou que sua atividade comercial não ofenderia o contrato de exclusividade da autora. Por fim, sustentou a licitude da importação paralela.

Decisão Interlocutória proferida às fls. 390/400, em que esta Relatora deferiu o pedido de efeito suspensivo requerido. Extraio seu dispositivo:

> "Diante do exposto, com fulcro nos fatos e fundamentos jurídicos acima explicitados, e por tudo o que consta nos autos, CONCEDO O PRETENDIDO EFEITO SUSPENSIVO, a fim de sustar os efeitos da interlocutória proferida pela magistrada de primeiro grau de jurisdição, a fim de garantir que a agravante continue exercendo suas atividades, comercializando os produtos adquiridos legalmente através dos revendedores autorizados da agravada, até ulterior deliberação deste Juízo."

Em face deste *decisum,* a insurgente interpôs Agravo Regimental (autuado sob o nº 0006186-17.2011.8.06.0000/**50000**), o qual não fora conhecido, conforme se observa de sua ementa:

> "PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO EM FACE DA DECISÃO QUE DEFERE OU INDEFERE EFEITO SUSPENSIVO OU ATIVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 527, PARÁGRAFO ÚNICO, CPC.
> 1. Não se admite agravo regimental contra decisão do relator, o qual em agravo de instrumento delibera acerca do pedido de efeito suspensivo ou ativo, por ser uma função exclusiva da relatoria e não do órgão colegiado.
> 2. A Lei nº 11.187/2005, que conferiu nova redação à sistemática do Agravo de Instrumento no CPC, passou a inadmitir expressamente o cabimento de regimental em casos que tais.
> 3. É o que dispõe o parágrafo único do Art. 527 do CPC, ao determinar que, em sede de agravo de instrumento, "a decisão liminar (...) somente é passível de reforma no momento do julgamento do agravo, salvo se o próprio relator a reconsiderar".
> - Agravo Regimental não conhecido.
> - Unânime."

Contraminuta apresentada às fls. 411/428, em que a agravada aduziu, preliminarmente, a ausência de cumprimento do requisito imposto no art. 524, III do CPC, uma vez que não teria sido informado o endereço completo dos advogados constantes no processo. Por tal razão, pugnou pelo não conhecimento do recurso. No mérito, refutou os argumentos apresentados para, ao final, suplicar pelo improvimento do agravo.

Conforme se extrai da informação de fl. 432, a magistrada de primeiro grau não apresentou suas informações.

É o relatório.

Independe de Revisão.

VOTO

- Preliminar de não conhecimento do recurso em virtude da falta de indicação do endereço dos advogados das partes. Rejeição.

Em sua contraminuta, a agravada sustentou que "em que pese a agravante ter informado o nome e qualificação, não informou o endereço dos advogados constantes do processo, aptos a receberem intimações, obstando, com isso, o conhecimento do recurso" (fl. 414).

É sabido que o agravo de instrumento deve ser instruído com toda a documentação obrigatória e facultativa, bem como deve o agravante cumprir os requisitos previstos em Lei.

Contudo, o argumento acerca da inexistência de endereço dos advogados das partes não merece amparo. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que:

> "PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. **AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO NOME E ENDEREÇO DE ADVOGADO. PETIÇÃO DO AGRAVADO REQUERENDO SUA HABILITAÇÃO NOS AUTOS. SUPRIMENTO (ART. 524, III, DO CPC). PRECEDENTES.** TEMPESTIVIDADE. RECURSO INTERPOSTO PELA VIA ELETRÔNICA. FALHA NO SISTEMA ELETRÔNICO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. ALÍNEA "C". NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. 1. Não se conhece de Recurso Especial em relação a ofensa ao art. 535 do CPC quando a parte não aponta, de forma clara, o vício em que teria incorrido o acórdão impugnado. Aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF.
> 2. No que respeita à alegada violação do art. 524, III, do CPC, a Corte local consignou: "No entanto, se por outros meios se puder obter essas informações, como se dá no vertente caso, em que se tem, à fl. 15, petição do agravado requerendo sua habilitação nos autos do processo originário, essa exigência fica suprida", grifo no original.
> 3. O STJ, em homenagem ao princípio da instrumentalidade do processo, orienta-se no sentido de considerar prescindível a indicação do nome e endereço completos do advogado, quando for possível a obtenção dessas informações por outros documentos, o que se verifica no presente caso. Precedentes do STJ.(...)
> 7. Agravo Regimental não provido."

> (AgRg no AREsp 276.389/PA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/05/2013, DJe 22/05/2013).

Imperioso transcrever a lição dos mestres Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouvêa, na obra Código de Processo Civil, 39ª edição, *in verbis*:

> "Art. 524: 11. Nas hipóteses em que a falta de indicação dos nomes e endereços dos advogados não acarreta prejuízo ao agravado, a exigência do art. 524-III vem sendo atenuada pela jurisprudência. Assim, é desnecessária a indicação:
> - dos nomes e endereço dos advogados, se os mesmos podem ser verificados nas cópias das procurações juntadas
> (STJ – Corte Especial, ED no Resp 181.631-DF, rel. Min. Peçanha Martins, j. 16.2.00, rejeitaram os embs., v.u., DJU 5.6.00, p. 101 (...)".

Da análise do presente feito, observa-se que fora juntado os instrumentos procuratórios outorgados aos causídicos das partes (fls. 131/132), demonstrando seus endereços. Portanto, deve ser rejeitada a preliminar suscitada.

- Mérito.

No caso dos autos, a agravante pretende, nesta sede recursal, a concessão de medida no sentido de "determinar a imediata suspensão da vedação imposta à Agravante em fazer uso, comercializar bem como manter em estoque os produtos da marca 'BROTHER', constantes na decisão ora impugnada" (sic) (fl. 27).

A julgadora de primeiro grau, ao apreciar o pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado pela autora, ora agravada, deferiu a medida, por entender que os requisitos para sua concessão estariam presentes pelo simples fato de ter ocorrido uma notificação judicial prévia.

Neste sentido, confira-se trecho da decisão agravada (fls. 34/35):

> "Nota-se também ser injustificável a resistência oferecida pela parte demandada, visto que a mesma já foi notificada judicialmente, em 08/04/2011, e não se absteve em continuar comercializando os produtos em questão, conforme se vê na cópia do processo de notificação que tramita na 8ª Vara Cível (fls. 128v).
> Verifica-se ainda que preenchidos estão os requisitos para a concessão da tutela antecipada específica, visto que a verossimilhança dos argumentos da autora está comprovada através da prova documental produzida e dos fundamentos jurídicos dos pedidos elaborados.
> Além disso, o fundado receio de dano de difícil reparação também fica configurado na medida em que a situação fática existente nos autos conduz à verificação da prática ilegal praticada pela demandada, a qual, apesar de notificada judicialmente, não suspendeu a comercialização dos produtos de exclusividade da autora."

Contudo, da análise preliminar acerca dos argumentos constantes nos autos, própria desta fase inicial, observa-se que merece reforma a interlocutória *a quo*.

De início, esclareça-se que é incontroverso o fato da agravada ser detentora da titularidade da marca "Brother" no Brasil, sendo, por força de disposição contratual, distribuidora exclusiva dos produtos no mercado brasileiro (fls. 107/115).

Contudo, em que pese o registro do mencionado contrato no Instituto da Propriedade Industrial – INPI, o que lhe assegura o uso da marca em todo o território nacional, bem como o direito de defender a integridade material de sua reputação, é defeso ao proprietário do registro "impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento" *(*art. 132, III da Lei 9.279/96).

Analisando estes autos virtuais, observou-se que os produtos ligados à marca "Brother", adquiridos pela agravante, foram postos em circulação no mercado nacional por revendedores autorizados da agravada, conforme se infere da documentação acostada às fls. 347/350, bem como das notas fiscais de fls. 352/376.

Assim, após realizada a primeira venda, como no caso dos autos, não há que se falar em limitação da circulação dos produtos, uma vez que os maquinários e suprimentos, que já foram postos no mercado, foram adquiridos de forma lícita das revendedoras da recorrida, como se pode conferir às fls. 352/376. Portanto, permitida a comercialização dos referidos produtos.

Em outras palavras, uma vez importado o bem, quer pelo fabricante ou por seu distribuidor autorizado, é garantida a sua livre circulação, que não poderá ser impedida pelo titular da marca. Estando o produto no mercado interno, na hipótese de o território exclusivo de um distribuidor ser invadido por produtos comercializados por terceiros (que não são partes na relação contratual), nem o fornecedor, tampouco o distribuidor, poderão tomar medidas destinadas a coibir tal prática. Esta é a conclusão que se extrai da simples leitura do art. 132, III da Lei 9.279/96, que trata dos direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Confira-se seu teor:

> Art. 132. O titular da marca não poderá:
> (...)
> III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68;

Neste sentido, a jurisprudência dominante tanto do Superior Tribunal de Justiça quanto dos demais Tribunais de nossa Federação, que seguem transcritas:

> "PROPRIEDADE INDUSTRIAL. DIREITO DE MARCAS. IMPORTAÇÃO PARALELA DE PRODUTOS ORIGINAIS SEM O CONSENTIMENTO DO TITULAR DA MARCA NO BRASIL.

CONCORRÊNCIA DESLEAL. INOCORRÊNCIA.
1. As importações paralelas são realizadas à margem do sistema de distribuição seletiva criado pelo fabricante do produto e titular do direito de propriedade industrial, mas uma vez autorizada a importação pelo titular do direito da marca, ou por quem estava autorizado para tanto, o produto original entra licitamente no mercado nacional.
2. Tendo em vista que as importações paralelas, lícitas, são contratos firmados com o produtor/titular do direito da marca no estrangeiro, ou com quem tinha o consentimento deste para comercializar o produto, ou seja, um distribuidor no país em que é realizada a operação, não pode o titular da marca opor ao adquirente do produto restrições de redistribuição, pois a colocação do produto no mercado esgota o seu direito de propriedade industrial, ainda que a titularidade da marca no Brasil seja diversa da titularidade da marca no exterior**.**
3. A proteção do direito marcário, teleologicamente, não visa proteger o titular do direito contra utilização da marca por quem comercializa produtos originais, com entrada lícita no país, ainda que obtidos por meio de importação paralela, pois o sistema não tem o objetivo de proteger os canais de distribuição impostos pelo fabricante/titular da marca.
4. A proibição absoluta desse tipo de mercado, desde que a importação tenha sido realizada licitamente, não seria compatível com a livre iniciativa, prevista no art. 1º e 170 da CF.
5. O reconhecimento da ilicitude da importação realizada pela Importex e da posterior distribuição dos produtos pela ré, exigiria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.
6. Recurso especial não conhecido.
(STJ; REsp 609047/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 16/11/2009) (destacado)

"Propriedade Industrial Patente Ação visando a impedir o a comercialização de produto adquirido no mercado internacional - Alegação de violação da exclusiva de distribuição do produto - Reconvenção com pedido de indenização do prejuízo material decorrente de apreensão do produto e de compensação dos danos imateriais emergentes da divulgação difamatória da reconvinte, inclusive, com representação para instauração de inquérito policial Sentença de improcedência da ação principal e de procedência da reconvenção Apelo da autora-reconvinda Preliminar de intempestividade da contestação e da reconvenção Inconvincente Citação é ato formal e só se completa com a citação válida ou com o ingresso espontâneo nos autos (artigos 213 e 214) Ciência inequívoca da ação principal que não restou configurada **Mérito. Importação paralela ou exaustão do direito de patente que implica necessariamente em ato ilícito Aquisição feita no mercado internacional junto à empresa credenciada pela titular da patente. Exaustão do direito admitida pelo ordenamento jurídico. Ponderação de princípios e regras legais. Improcedência da ação principal mantida.** (...)".
(TJSP**;** Relator(a): João Carlos Garcia; Comarca: Barueri; 9ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 07/06/2011) (destacado).

> "Obrigação de não fazer - Propriedade industrial. Marca - Importação paralela e circulação irregular de produtos da marca "CANON". **Não caracterização - Aplicação do princípio da exaustão do direito de marcas e patentes - Produtos que ingressaram no mercado interno de forma regular - Ré que adquiriu os produtos de revendedoras autorizadas - Liberdade de comércio assegurada - Sentença reforma.** Recurso da Ré provido para se julgar improcedente a ação, prejudicado o recurso da Autora, condenando-a nas verbas da sucumbência, arbitrados honorários advocatícios em R$ 7.500,00 (art. 20, § 4°, do CPC)."
> (TJSP**;** Relator(a): João Pazine Neto; Comarca: São Paulo; 3ª Câmara de Direito Privado; Data do julgamento: 31/05/2011) (destacado).

Tais precedentes são exatamente iguais ao caso dos autos.

O Ministro do STJ LUIS FELIPE SALOMÃO, ao apreciar o Resp. 609047/SP, cuja ementa encontra-se acima transcrita, ponderou que:

> "Cabe ressaltar, contudo, que, a importação paralela não é necessariamente ilícita, embora a própria denominação do negócio leve a essa interpretação. Uma vez autorizada a importação pelo titular do direito da marca, ou por quem estava autorizado para tanto, o produto original entra licitamente no mercado nacional".

Sobre o tema, imperioso destacar o escólio da Prof. Paula Andréa Forgioni, chefe do Departamento de Direito Comercial da USP, *in* Contrato de Distribuição, RT, 2005, p. 215/216, que assim leciona:

> "(...) porque terceiros não estão obrigados aos termos do contrato celebrado entre o fornecedor e o seu distribuidor, nele não é possível disciplinar as vendas realizadas por 'adquirentes de segundo grau', ou seja, a mercadoria entra na área protegida não porque houve venda direta ou atuação invasiva de outro distribuidor, mas porque um adquirente, que comprou o bem de outro concessionário da mesma marca, revende-o no território reservado. (...) Esse fenômeno costuma ser chamada de comercialização paralela de produtos e, quando envolve contratos internacionais de distribuição, importação paralela. '*Trading across borders by intermediates*' é a idéia central. **Mas sua coibição eficaz por intermédio do contrato de distribuição enfrenta dificuldades porque não é dado ao fornecedor e ao distribuidor determinarem negocialmente a vedação de negociação de um produto pelo adquirente de segundo grau**".

Do mesmo modo, a lição de Luiz Guilherme Loreiro, na obra A lei de propriedade industrial comentada, São Paulo, Lejus, 1999, p. 276, *in verbis*:

> "O proprietário da marca não tem o poder de impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem, com seu consentimento. Neste caso, verifica-se o esgotamento do direito de propriedade industrial. Assim, se ele, ou um seu licenciado, promoveu a

> venda do produto onde se encontra aposta a marca, não pode impedir que esse produto seja redistribuído pelo comprador. Desta forma, já decidiu o Tribunal de Angers (França) que não constitui nem mesmo ato de concorrência desleal o fato de um agente de uma marca automobilística continuar a comercializar estoques de peças automotivas da marca, após a cessação do contrato que o ligava ao concessionário."

Oportuno mencionar que a intenção do legislador foi a de proibir a venda de produtos contrafeitos (falsificados), o que, repita-se, não é o caso dos autos. Assim, o art. 132 da Lei de Patentes deve ser interpretado restritivamente àqueles produtos diferentes do original os quais foram vítimas de falsificação, e não aos que, embora originais, não foram adquiridos diretamente pelo titular da marca.

Este é também o posicionamento consagrado desta e. Corte de Justiça, como se extrai do seguinte julgado:

> "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - PROPRIEDADE INDUSTRIAL DE MARCA - IMPORTAÇÃO PARALELA - LEGALIDADE
> 1. O registro validamente expedido assegura ao seu titular o direito de uso exclusivo da marca em todo o território nacional, **mas não constitui óbice à livre concorrência entre produtos autênticos da mesma marca de origens diversas**.
> 2. **Se a função moderna da marca é distinguir produtos e serviços entre si, a importação paralela de produtos autênticos em nada afeta os direitos do proprietário da marca.**
> 3. **A aplicação da técnica da interpretação conforme a Constituição ao art. 132, inciso III, da Lei 9.179/96, enseja a conclusão de que só é vedada a importação paralela de produtos contrafeitos, que imitam, reproduzem ou falsificam fraudulentamente outros de marca registrada.**
> 4. Apelação Improvida. Sentença Confirmada."
> (APC 38330-51.2005.8.06.0001/1; Rel. Des. JOSÉ MÁRIO DOS MARTINS COELHO; 1ª Câmara Cível; Data do julgamento: 16/06/2008) (destacado).

Também não prospera o argumento da agravada quanto ao uso indevido da marca "Brother" em suprimentos de fabricação de terceiros, pois a própria Lei 9.279/96 disciplina em seu Art. 132, incisos I e II, o seguinte:

> "Art. 132. O titular da marca não poderá:
> I - impedir que comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização;
> II - impedir que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência;

Por fim, em relação ao argumento de que os produtos comercializados seriam falsificados, somente perícia técnica poderá constatar, devendo tais diligências serem adotadas no decorrer da instrução processual, não sendo viável qualquer verificação nesta sede recursal.

Caracterizado o *fumus boni juris,* a fim de assegurar que a agravante continue a comercializar os produtos adquiridos por revendedores autorizados da agravada, até decisão final da ação principal, em trâmite no Juízo *a quo.*

Do mesmo modo caracterizado o requisito do *periculum in mora,* uma vez que a demora no processo acarretará prejuízos de grave monta aos negócios da empresa agravante que deixará de comercializar produtos legalmente adquiridos.

Em suma, por estarem presentes os requisitos legais para a concessão da tutela antecipada, a reforma da interlocutória de primeiro grau é a medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, com fulcro nos fatos e fundamentos jurídicos acima explicitados, e por tudo o que consta nos autos, conheço do presente recurso para rejeitar a preliminar suscitada e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO, a fim de sustar os efeitos da interlocutória proferida pela magistrada de primeiro grau de jurisdição, no sentido de garantir que a agravante continue exercendo suas atividades, comercializando os produtos adquiridos legalmente através dos revendedores autorizados da agravada, até ulterior deliberação deste Juízo.

É como voto.

Fortaleza, 24 de julho de 2013.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0076596-66.2012.8.06.0000.
AGRAVANTE: GOOGLE BRASIL INTERNET LTDA..
AGRAVADO: DOUGLAS DE OLIVEIRA COUTINHO.
RELATORA: DESA. MARIA IRACEMA MARTINS DO VALE.

EMENTA: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO. DIVULGAÇÃO PELA INTERNET DE CONTEÚDO OFENSIVO. FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS DO PROPRIETÁRIO DA CONTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DISPONIBILIZAÇÃO DO NÚMERO DO IP. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. No caso, agravo de instrumento interposto em face de decisão que deferiu a antecipação de tutela no sentido de obrigar a empresa Google, provedora de internet, a fornecer os dados do proprietário da conta da rede social "Orkut", em especial o endereço do IP (*Internet Protocol*).

2. É possível o pedido para fornecimento do número de IP de usuário de redes sociais que se utiliza da internet para causar danos a outrem, até por ser o único modo que o ofendido possui para identificar o agressor.

3. Contudo, a jurisprudência pátria firmou-se no sentido de que "o provedor de hospedagem Google não possui os dados relativos aos nomes, endereço e outros identificadores dos seus usuários, a não ser, o número do IP. Além disso, não é obrigado a armazenar dados pessoais de seus usuários, não sendo possível o fornecimento de informações que não possui em seu banco de dados, tais como o nome completo, CPF, RG e o endereço pessoal de seu usuário." (TJRS; AI nº 70049628761, 9ª Câmara Cível, Rel. Des. Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012).

4. Assim, deve a interlocutória ser parcialmente reformada, para determinar que o insurgente forneça o endereço do IP (*Internet Protocol*) do proprietário da conta e subconta, bem como os relatórios de *logs* de IP dos acessos efetuados à referida conta nos dias dos envios das mensagens, sem haver necessidade de fornecimento de dados pessoais, por inexistentes.

- Agravo conhecido e parcialmente provido.
- Decisão de primeiro grau reformada em parte.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0076596-66.2012.8.06.0000, contra decisão do Juízo da Vara Única da Comarca de Graça, em que figuram as partes acima indicadas. Acorda esta 4ª Câmara Cível do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto da Relatora.

Fortaleza, 3 de abril de 2013.

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo interposto contra decisão interlocutória proferida pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Graça/CE.

O caso/a ação originária: Douglas de Oliveira Coutinho propôs cautelar de exibição de documentos (proc. nº 1160-89.2011.8.06.0080), aduzindo que fora difamado através do *site* de relacionamentos *Orkut*. Por tal razão, pleiteou a concessão de medida judicial que lhe garantisse a exibição por parte da GOOGLE BRASIL e da empresa COPYNET de "TODA DOCUMENTAÇÃO relativa ao proprietário da conta, referente ao endereço do IP (*Internet Protocol*), fornecido pela primeira requerente; bem como o relatório detalhado de *logs* referente ao IP que efetuou os acessos e postagens, notadamente no dia do envio das mensagens em 05/09/2011 no horário compreendido entre 07:00 às 08:00, na localidade da LAPA, para que no prazo de 5 dias deposite em Cartório (...)" (fl. 47).

Decisão agravada: às fls. 58/60, o douto magistrado de primeiro grau deferiu a medida antecipatória, no sentido de que:

> "Do exposto, determino que as partes promovidas, através de seus representantes legais, sejam citadas, por via postal com AR, para, no prazo de 05 dias, exibir em Juízo cópia dos seguintes documentos ou, em igual prazo, apresentar resposta.
> **1) Em relação à primeiro requerida:**
> - Dados do proprietário da conta, em especial o endereço do IP (*Internet Protocol*) do proprietário da conta e sub-conta;
> - Relatório de *logs* de IP dos acessos efetuados à referida conta nos dias dos envios das mensagens (01/09/2011 a 08/09/2010);
> **2) Em relação à segunda requerida:**
> - Todos os dados do proprietário da conta, referente ao endereço do IP (*Internet protocol*);
> - Relatório dos *logs* referentes ao IP que efetuou os acessos e postagens no dia do envio das mensagens (05/09/2011), no horário compreendido entre 07:00 às 8:00 horas, na localidade da LAPA."

Destaque-se que em face deste *decisum,* a agravante interpôs embargos de declaração (fls. 74/75), aduzindo haver omissão quanto às datas dos envios das mensagens.

Analisando o recurso, o julgador *a quo* acolheu os aclaratórios, consignando que:

> "Em vista do exposto, CONHEÇO o recurso, para JULGAR PROCEDENTE os embargos declaratórios, para retificar o *decisum* de fls. 25/27 devendo ser considerado o período de 01.09.2011 a 08.09.2011 para prestação das informações." (fl. 88).

O agravo de instrumento: A insurgente interpôs o presente recurso, argumentando a impossibilidade de cumprimento da interlocutória, vez que "não são exigidos do usuário quaisquer informações de cunho pessoal como RG, CPF, telefone e endereço (...)" (fl. 8). Deste modo, pugnou pela reforma da decisão de primeiro grau.

Apesar de intimado, o agravado não apresentou contraminuta, conforme se observa da certidão de fl. 105.

Informações prestadas à fl. 108/109 e repetidas às fls. 117/118.

É o relatório.

Independe de Revisão. Incluído em pauta.

VOTO

O cerne da controvérsia consiste na possibilidade do provedor de *internet*, administrador de redes sociais, fornecer informações acerca de usuário que se utiliza de *sites* de relacionamento para caluniar, difamar ou injuriar outrem.

De início, importante frisar que não se está a analisar o mérito da causa, a partir de um exame aprofundado da controvérsia tratada nos autos. Cuidando-se de medida liminar, o exame por esta Corte de Justiça é meramente superficial e restrito à plausibilidade jurídica do direito alegado, levando-se em consideração o contexto fático e jurídico traçado em primeiro grau.

Na exordial, o agravado sustentou que "no último dia 06 de setembro de 2011 por volta das 08hs:30min, recebeu uma ligação de seus amigos pedindo para que o mesmo acesse-se o site Orkut e perfil chamado lapa.fofoka fofoka, pois existia uma mensagem postada difamando e caluniando o requerente e sua esposa" (fl. 37).

Daí a cautelar de exibição de documento, a fim de compelir o recorrente a fornecer os dados do proprietário da mencionada conta, em especial o endereço do IP (*Internet Protocol*).

Imperioso transcrever julgado do Superior Tribunal de Justiça que, analisando a idêntica matéria, assim se posicionou:

> "AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO. FORNECIMENTO DE

> ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO USUÁRIO DE COMPUTADOR. UTILIZAÇÃO *INTERNET*. DANOS. NULIDADE DA CITAÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CÍVEL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS LEGAIS, FALTA PREQUESTIONAMENTO. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. (...)
> 4.- É competente o Juízo Cível para o processamento e julgamento de ação cautelar que pede informação a respeito do nome do responsável pelo envio de e-mail difamatório, que pode ser obtida por meio do IP (*Internet Protocol*) do computador do usuário, uma vez que não se caracteriza quebra de sigilo por meio de interceptação telefônica, não se enquadrando, pois, na Lei 9.296/96.
> 5.- **É juridicamente possível o pedido à empresa de telefonia de exibição do nome do usuário de seus serviços que, utiliza-se da *internet* para causar danos a outrem, até por ser o único modo de o autor ter conhecimento acerca daqueles que entende ter ferido a sua reputação.** Recurso Especial improvido.
> (REsp 879181/MA, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/06/2010, DJe 01/07/2010) (destacado).

Em seu voto, o qual ora adoto como razões de decidir, o Ministro SIDNEI BENETI asseverou que:

> "Ademais, ainda que fossem superados tais óbices, verifica-se que o autor não tem outra alternativa, a não ser solicitar, por meio do Poder Judiciário, à recorrente o fornecimento do cadastro do responsável pelo envio das mensagens eletrônicas difamatórias, o que pode ser feito por meio dos números dos IPs (*Internet Protocol*) fornecidos pelo autor/recorrido.
> Se cada computador conectado à internet tem a ele ligado um número ou endereço de IP correspondente, a recorrente é a única detentora dos dados pedidos na inicial, não havendo vedação legal para que o interessado requeira tais dados. Tem-se, pois, que a tutela jurisdicional pedida pelo autor é passível de apreciação pelo Poder Judiciário, não se podendo, falar, em impossibilidade jurídica do pedido".

Contudo, no presente caso, a interlocutória merece parcial reforma, tendo em vista que a agravante demonstrou que não possui condições técnicas de fornecer os dados pessoais do ofensor, tais como número identidade, CPF, etc., vez que não se exigem estes cadastros no momento de criar uma conta no mencionado *site* de relacionamentos.

Conforme se observa dos seguintes julgados, a empresa provedora de hospedagens de páginas na *internet* não pode fornecer dados que não possui. Confiram-se os julgados:

> "AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CAUTELAR DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTOS. ORKUT. DIVULGAÇÃO PELA *INTERNET* DE CONTEÚDO OFENSIVO. GOOGLE. IDENTIFICAÇÃO DOS

USUÁRIOS. FORNECIMENTO DO IP. **O provedor de hospedagem Google não possui os dados relativos aos nomes, endereço e outros identificadores dos seus usuários, a não ser, o número do IP. Além disso, não é obrigado a armazenar dados pessoais de seus usuários, não sendo possível o fornecimento de informações que não possui em seu banco de dados, tais como o nome completo, CPF, RG e o endereço pessoal de seu usuário.** A parte apresentou dados suficientes para localização e identificação dos usuários que emitiram mensagens atentatórias à honra do autor/agravado, não sendo necessária a informação da URL das respectivas páginas. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO."
(TJRS; Agravo de Instrumento Nº 70049628761, Nona Câmara Cível, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em 26/09/2012) (destacado).

"AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PERFIL E COMUNIDADE OFENSIVAS CRIADAS NO ORKUT. GOOGLE. IDENTIFICAÇÃO DO CRIADOR DA PÁGINA. IMPOSSIBILIDADE. **O GOOGLE, como provedor de hospedagem de páginas na *internet*, não possui os dados relativos aos nomes, endereço e outros identificadores dos hospedantes, a não ser o número do IP (*Internet Protocol*), não podendo ser compelido a fornecer informações que não possui em seu banco de dados.** PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÃO E OBRIGAÇÃO DE FAZER. FIXAÇÃO DE MULTA PARA O CASO DE DESCUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL. POSSIBILIDADE. VALOR DA ASTREINTE. REDUÇÃO. Trata-se de ação cautelar buscando a prestação de informação e obrigação de fazer, e não cautelar de exibição de documentos, sendo inaplicável à espécie o disposto na Súmula 372 do Eg. Superior Tribunal de Justiça. Em se tratando de obrigação de fazer, o juiz pode determinar as medidas necessárias à efetivação da tutela específica, tais como a imposição de multa por descumprimento. A astreinte não pode traduzir um enriquecimento indevido da parte, seu montante há de ser bastante a demover da idéia de desobediência e equânime na retribuição ao prejuízo. Cabível a redução do valor da multa por dia de descumprimento, considerando a grandeza do montante, a fim de fazê-lo consentâneo com a realidade do caso concreto. Inteligência do art. 461, § 6º, do CPC. APELAÇÕES DESPROVIDAS.
(TJRS; APC Nº 70043188184, Décima Câmara Cível, Relator: Túlio de Oliveira Martins, Julgado em 29/09/2011) (destacado).

AÇÃO INIBITÓRIA - INVASÃO DE PERFIL DA REDE SOCIAL ORKUT - PALAVRAS OFENSIVAS - GOOGLE - PROVEDOR DE HOSPEDAGEM - FORNECIMENTO DE DADOS PESSOAIS DO INVASOR - IMPOSSIBILIDADE - IDENTIFICAÇÃO PELO IP - MULTA - INCABÍVEL SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA
1) - O Google é uma empresa provedora de hospedagem, que sedia páginas de usuários, se limitando a armazenar e disponibilizar arquivos e páginas eletrônicas para uma rede de inúmeros interessados.
2) - Não é possível determinar-se que um provedor de hospedagem forneça dados pessoais do contratante do serviço banda larga ligado ao número do IP de máquina, por ele não possuir esses dados.
3) - Tendo o apelante fornecido o número do IP do último computador que

> acessou o perfil do Orkut violado, a sequência investigativa cabe ao apelado, que deverá entrar em contato com os provedores de acesso a *internet*, por meio da justiça, para obter os dados e conseguir identificar o ofensor.
> 4) - Incabível a multa cominatória, por ter sido a sentença cumprida no que foi possível, não podendo compelir o apelante a fornecer dados que não possui.
> 5) - Recurso conhecido e provido."
> (TJDF; Acórdão n.569996, 20090710364499APC, Relator: LUCIANO MOREIRA VASCONCELLOS, Revisor: ROMEU GONZAGA NEIVA, 5ª Turma Cível, DJE: 12/03/2012).

Deste modo, é patente que a insurgente somente pode fornecer o número do IP (*Internet Protocol*), através do qual é possível identificar o provedor de *Internet* que foi utilizado para a criação do perfil e do computador no qual originou as práticas criminais contra o agravado.

Assim, o provimento parcial deste agravo de instrumento é medida que se impõe.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, frente aos precedentes citados, conheço do presente agravo, para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO**,** no sentido de garantir que a empresa agravante forneça endereço do IP (*Internet Protocol*) do proprietário da conta e subconta, bem como os relatórios de *logs* de IP dos acessos efetuados à referida conta nos dias dos envios das mensagens, sem haver necessidade de fornecimento de dados pessoais, por inexistentes.

É como voto.

Fortaleza, 3 de abril de 2013.

PROCESSO Nº 0003286-61.2011.8.06.0000.
AGRAVO DE INSTRUMENTO.
AGRAVANTE: MUNICÍPIO DE FORTALEZA.
AGRAVADO: CONSTRUMÍDIA EBC – EMPRESA BRASILEIRA DE CONSTRUÇÃO LTD
RELATOR: DESEMBARGADOR FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA.

EMENTA: ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA LIMINAR DEFERIDA EM PRIMEIRO GRAU PARA IMPOSSIBILITAR A IMPOSIÇÃO DE QUALQUER RESTRIÇÃO DECORRENTE DA FISCALIZAÇÃO DA PROPAGANDA E PUBLICIDADE PELO MUNICÍPIO DE FORTALEZA. AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. AGRAVO PROVIDO, MEDIDA LIMINAR CASSADA.

1. A análise do requesto liminar formulado pela parte recorrente não é requisito para a manifestação da Procuradoria Geral de Justiça acerca do *meritum causae*, bastando, para tanto, perscrutar as peças informativas e os documentos já constantes dos autos. Inexistindo motivo plausível, a colenda Instituição, ao esquivar-se de seu *munus*, foi de encontro ao princípio da razoável duração do processo, consoante o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna, razão pela qual, visando evitar mais atrasos no trâmite do recurso em tela, cabe de logo proceder-se ao julgamento da lide.

2. Inexiste o *fumus boni iuris* necessário para a manutenção da medida liminar deferida em primeiro grau, pois os inúmeros fundamentos adotados pela Administração Pública Municipal ao rejeitar o pedido de regularização dos engenhos publicitários presumem-se válidos, haja vista que não foram refutados pela agravada, a qual apenas aduziu que a legislação municipal não está atualizada para abranger a chamada "nova tecnologia".

3. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Acordam os integrantes da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por uma de suas Turmas, unanimemente, em

conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, 5 de novembro de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Município de Fortaleza em face de decisão (págs. 111-117) proferida pelo Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, nos autos da ação cautelar nº 0101409-33.2007.8.06.0001 manejada por Construmídia Ebc – Empresa Brasileira de Construção Ltda.

Na inicial (págs. 13-19), buscou a autora, ora recorrida, o reconhecimento da legalidade das propagandas por ela realizadas e a vedação de que sejam impostas quaisquer restrições pela Administração Pública Municipal, uma vez que, nada obstante ter tentado regularizar a sua atividade principal, tal providência não foi possível em virtude da omissão da Lei Municipal nº 8.221/98 quanto à publicidade e propaganda efetuada através da chamada "nova tecnologia", qual seja, a colocação de uma tela sobre as "empenas cegas".

Narrou, ainda, ser contraditória a conduta do ente público ao vedar a propaganda realizada pela agravada e permitir que esta seja feita se o engenho publicitário for pintado nas "empenas cegas", ao invés de consistir em uma tela colocada sobre o local.

O magistrado singular, às págs. 111-117, deferiu a liminar pleiteada, "para determinar que a Prefeitura Municipal de Fortaleza – por sua Secretaria do Meio Ambiente – SEMAN, se abstenha de tomar qualquer medida restritiva de direitos contra a autora, até que seja julgado o mérito da ação principal – processo nº 0007004-39.2006.8.06.0001 – ação civil pública" (págs. 116-117).

Irresignada com o referido *decisum*, o agravante interpôs o presente recurso (págs. 01-10), aduzindo: *a)* que a autora/agravada violou a Lei Municipal nº 8.221/98 ao instalar de forma clandestina anúncios publicitários, sem prévia licença de instalação expedida pelo Município de Fortaleza; e *b)* a ausência dos requisitos necessários para concessão da medida liminar na ação principal.

Foi postergada a análise do pedido de efeito suspensivo (pág. 128).

Contrarrazões às págs. 130-138.

A Procuradoria Geral de Justiça deixou de emitir parecer de mérito, sob o argumento de que não houve apreciação do pedido de efeito suspensivo, manifestando-se pela devolução dos autos ao eminente relator do feito para exame do pleito liminar (págs. 148-149).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo.

Inicialmente, ressalto que, nada obstante tenha encaminhado os presentes autos à Procuradoria Geral de Justiça para a emissão de parecer, os fólios retornaram com quota ministerial no sentido de que se fazia mister para tal providência, primeiramente, apreciar-se o pleito de efeito suspensivo do recurso, consoante acima referido.

No entanto, a análise do requesto liminar formulado pela parte impetrante não é requisito para a manifestação do *Parquet* acerca do *meritum causae,* bastando, para tanto, perscrutar as peças informativas e os documentos já constantes dos autos. Inexistindo motivo plausível, a referida Instituição, ao esquivar-se de seu *munus* com fundamento no art. 527, incisos III e VI, do CPC, foi de encontro ao princípio da razoável duração do processo, consoante o art. 5º, LXXVIII, da Carta Magna.

Além do mais, à míngua de insurgência da própria parte a quem favoreceria a apreciação do pedido de tutela liminar, caberia ao Órgão Ministerial tão somente chamar a atenção para o fato em alusão e, em seguida, emitir parecer meritório, haja vista nenhuma influência possuir eventual concessão ou denegação do efeito suspensivo na atuação do Ministério Público nos presentes autos.

Sob tais fundamentos, entendo que a inoportuna escusa implica desinteresse da colenda Instituição em se manifestar neste caderno processual, razão pela qual, visando evitar mais atrasos no trâmite do recurso em tela, passo de logo ao julgamento do mérito do agravo.

Volta-se a insurgência recursal contra a decisão interlocutória (págs. 111-117) que, nos autos da ação cautelar de origem, deferiu a medida liminar e determinou que a agravante se abstenha de tomar qualquer medida restritiva de direitos contra a autora, até que seja julgado o mérito da ação principal (processo nº 0007004-39.2006.8.06.0001).

De início, saliento deparar-me não raras vezes com petições recursais, que, em verdade, são verdadeiras peças de impugnação à lide em trâmite no juízo de origem, nas quais se busca alçar a esta sede recursal questões de direito próprias de análise em sentenças.

Porém, a amplitude da cognição judicial desta segunda instância, em casos desse jaez (agravo), é reparar eventual *error in judicando* do juízo *a quo*, e não a de substituí-lo na análise de questões sequer submetidas à sua apreciação.

Com isso, descabe manejar o agravo de instrumento para obter, por via oblíqua, desde logo, o insucesso da demanda originária, sob pena de inverter-se o estado normal da marcha processual.

Nesse sentido, observo que a *quaestio juris* em apreço deve se restringir à presença, ou não, dos requisitos necessários para a concessão do provimento liminar requestado pela autora, ora agravada, no que tange à suspensão da imposição de quaisquer medidas restritivas pelo Município de Fortaleza em decorrência da realização de propagandas pela recorrida.

Da análise perfunctória das questões levantadas pelas partes litigantes, constato que não está caracterizado o necessário *fumus boni iuris* a ensejar a manutenção da medida liminar.

In casu, consoante exame da documentação coligida aos fólios, vislumbra-se que houve a negativa de regularização dos engenhos de publicidade instalados pela agravada e por outras pessoas jurídicas com fundamento na violação ao disposto na Lei Municipal nº 8.221/98. Veja-se:

> Cuida o presente processo sobre denúncia acerca de degradação ambiental, causada por poluição visual decorrente da instalação irregular de engenhos publicitários por parte das empresas Centro Educacional Magister Ltda., Construmídia EBC Empresa Brasileira de Construção Ltda. e Instituto Cidades.
> […]
> De mais a mais, evidencia-se que tais empresas, ao instalarem de forma clandestina seus engenhos de publicidade, geram enorme desconforto visual, vez que tais objetos fogem aos padrões técnicos estipulados pela Lei Municipal nº 8.221/98.
> Dentro desse contexto, importante observar que os sobreditos engenhos, em sua totalidade, não são passíveis de regularização, haja vista as diversas restrições legais impostas pelos arts. 9º e 10º da Lei nº 8.221/98.
> Em síntese, tais restrições são: a) impossibilidade de se instalar faixas em logradouros públicos (art. 9º, III, e 15, I e IV, da Lei nº 8.221/98); b) impossibilidade de se instalar engenhos em fachada de edifícios residenciais (art. 9º, XII, da Lei nº 8.221/98); c) impossibilidade de se instalar engenhos causando obstrução de ventilação e iluminação (art. 10, I, da Lei nº 8.221/98) ou se projetando ortogonalmente sobre a fachada (art. 10, III, da Lei nº 8.221/98). (págs. 64-65)

Contudo, em que pese a motivação abordada pelo ente público no despacho transcrito acima, a agravada apenas aduziu que a legislação municipal não está atualizada para abranger a chamada "nova tecnologia", olvidando-se de refutar os argumentos ali deduzidos.

Assim, é inegável a ausência do *fumus boni iuris*, uma vez que os inúmeros fundamentos adotados pela Administração Pública Municipal ao rejeitar o pedido de regularização dos engenhos publicitários da recorrida sequer foram rebatidos, motivo pelo qual presumem-se válidos.

Em face do exposto, considerando a inexistência do *fumus boni iuris*, dou provimento ao agravo, para cassar a decisão agravada.

É como voto.

PROCESSO Nº 0030009-49.2013.8.06.0000
AGRAVO DE INSTRUMENTO
AGRAVANTE: ESTADO DO CEARÁ
AGRAVADO: COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA
RELATOR: DES. PAULO AIRTON ALBUQUERQUE FILHO

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS. INCIDÊNCIA CUMULADA DO ICMS NA ALÍQUOTA DE 17% PREVISTA NA LEI ESTADUAL Nº 12.670/96 E DA REGRA DE TRIBUTAÇÃO DISPOSTA NA INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 12/2004. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BITRIBUTAÇÃO. APREENSÃO DE MERCADORIAS COMO MEIO COERCITIVO PARA PAGAMENTO DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 323 DO STF E 31 DO TJ/CE.

1. O cerne do presente recurso consiste em analisar a possibilidade da incidência cumulada do ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a importação das mercadorias, prevista na Lei Estadual nº 12.670/96 e a da regra de tributação disposta na Instrução Normativa nº 12/2004 da SEFAZ-CE sobre a operação de aquisição de produtos hortifrutigranjeiros advindos do exterior.

2. Em uma análise perfunctória, não há que se falar em bitributação no caso em análise, sendo perfeitamente cabível a aplicação cumulada das normas estaduais supramencionadas. Isso porque, as duas operações mercantis de circulação de mercadorias são distintas. A alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre o valor da operação prevista na Lei Estadual de nº 12.670/1996 incide pela entrada da mercadoria importada do exterior. Já a regra de tributação disposta na Instrução Normativa de nº 12/2004 da SEFAZ-CE, que institui o valor de R$ 2,00 (dois reais) para cada caixa de alho de 10kg possui como fato gerador a circulação interna de mercadoria. Precedentes desta Corte de Justiça.

3. O Fisco não pode utilizar a apreensão de mercadorias para coagir o contribuinte a efetuar o pagamento do tributo

tido como devido, podendo, tão somente, apreendê-las pelo período necessário à adoção das medidas imprescindíveis de identificação da infração cometida, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Súmulas 323 do STF e 31 do TJ/CE.
4. Agravo de Instrumento conhecido e provido parcialmente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Agravo de Instrumento, ACORDAM os Desembargadores membros da 6ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer do recurso para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Fortaleza/CE, 06 de novembro de 2013

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento com Pedido de Efeito Suspensivo interposto pelo ESTADO DO CEARÁ contra a r. decisão de lavra do MM. Juiz de Direito da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza, nos autos do Mandado de Segurança de nº 0130010-44.2010.8.06.0001, impetrado por COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA em face do ora agravante, que concedeu a antecipação de tutela requestada para determinar que o Estado do Ceará aceite o pagamento do ICMS baseado na alíquota advinda da Instrução Normativa nº 12/2004, a qual instituiu taxa de R$ 2,00 (dois) reais por caixa de alho de 10kg, totalizando R$ 10.400,00 (dez mil e quatrocentos reais), afastando o imposto arbitrário de 17% sobre a importação, sob pena de multa diária de R$ 3.000,00 (três mil reais).

Inconformado com a decisão, o Recorrente interpôs o presente Agravo de Instrumento, sustentando que: a) o ICMS, além de incidir na importação, também grava as operações posteriores, durante toda a cadeia de circulação da mercadoria; b) não há *bis in idem*, mas cobrança de ICMS por fatos geradores distintos: a importação e a circulação posterior da mercadoria, sendo lícita a cobrança do imposto estadual nos moldes delineados pela administração tributária estadual.

Em face desses argumentos, requer o Agravante a concessão de liminar de efeito suspensivo para o fim de suspender os efeitos da decisão agravada, nos termos do art. 527, III, do CPC e, ao final, pelo provimento do recurso, para cassar-se definitivamente o decisório.

Às fls. 83/84, o Relator, entendendo que as razões deste Agravo de Instrumento se relacionam com o próprio mérito da questão, postergou sua apreciação

para após a formação do contraditório, oportunidade em que intimou o agravado para, querendo, apresentar contraminuta no prazo legal.

Oferecimento de contraminuta ao recurso às fls. 87/93, argumentando o Agravado, em síntese: a) *bis in idem,* porquanto os fiscais, além de exigirem o pagamento do ICMS baseado na alíquota advinda da Instrução Normativa nº 12/2004, ainda estão condicionando a liberação da mercadoria ao pagamento de outra alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre o faturamento da compra; b) existência de ilegalidade, tendo em vista a discrepância existente entre a Lei Estadual nº 12.670/96 e a Constituição Federal, que veda expressamente a cumulatividade tributária.

Em se tratando de Agravo de Instrumento, deixo de encaminhar os presentes autos à revisão, nos termos do art. 34, §3º, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça.

Encaminhe o feito à digníssima Presidente da 6ª Câmara Cível, para designar dia para julgamento e publicar em pauta.

É o relatório.

VOTO

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

Da análise dos autos, extrai-se que o *mandamus* impetrado por COMERCIAL DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LESSA LTDA objetiva, em síntese, o pagamento do ICMS baseado somente na alíquota advinda da Instrução Normativa nº 12/2004, a qual taxa a R$ 2,00 (dois reais) a caixa de alho de 10kg, afastando o pagamento do ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a importação das mercadorias, referentes aos produtos que começaram a atracar no Porto do Pecém em 22.07.2013.

Em virtude de o d. Juízo *a quo* ter deferido o pedido liminar (fls. 69/73), estabelecendo o recolhimento pelo Impetrante somente do ICMS previsto na Instrução Normativa nº 12/2004, o Estado do Ceará ajuizou o presente Agravo de Instrumento, requerendo a reforma da decisão.

O Estado do Ceará, ora Agravante, sustenta que o ICMS-Importação não afasta a incidência do ICMS cobrado por substituição tributária, o qual tem como fato gerador a circulação interna da mercadoria, havendo, no caso vertente, a cobrança de ICMS por fatos geradores distintos, quais sejam, a importação e a circulação posterior da mercadoria.

Portanto, verifica-se que o cerne do presente recurso consiste em analisar a possibilidade da incidência cumulada do ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a importação das mercadorias, prevista na Lei Estadual nº 12.670/96 e a da regra de tributação prevista na Instrução Normativa nº 12/2004 da SEFAZ-CE sobre a

operação de aquisição de produtos hortifrutigranjeiros advindos do exterior.

Em uma análise perfunctória, não há que se falar em bitributação no caso em análise, sendo perfeitamente cabível a aplicação cumulada das normas estaduais supramencionadas.

Isso porque, as duas operações mercantis de circulação de mercadorias são distintas. A alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre o valor da operação prevista na Lei Estadual de nº 12.670/1996 incide pela entrada da mercadoria importada do exterior. Já a regra de tributação disposta na Instrução Normativa de nº 12/2004 da SEFAZ-CE, que institui o valor de R$ 2,00 (dois reais) para cada caixa de alho de 10kg, possui como fato gerador a circulação interna de mercadoria.

Corroborando o entendimento acima perfilhado, cito precedentes deste Colendo Tribunal de Justiça que, ao analisar casos similares, posicionou-se pela inexistência de bitributação, haja vista a existência de fatos geradores distintos: ICMS-Importação, cuja base econômica é o fenômeno da importação e o ICMS-substituição tributária, para operações internas subsequentes à importação, cuja base econômica é a circulação interna da mercadoria. À propósito:

> DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS. TRIBUTAÇÃO PELAS REGRAS DA LEI N. 12.670/96 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 12/2004. POSSIBILIDADE. APREENSÃO DE MERCADORIA COM O PROPÓSITO DE COAGIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE ICMS. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO POLÍTICA INCOMPATÍVEL COM O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
>
> 1. Trata-se de Agravo de Instrumento desafiando decisão emanada do juízo da 9ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Fortaleza-CE, que, em sede de Mandado de Segurança indeferiu pleito de urgência formulado pela ora agravante substanciado na aceitação, pela autoridade impetrada no feito originário, "do pagamento do ICMS, baseado na alíquota advinda da instrução normativa nº 12/2004, com a consequente liberação de mercadoria apreendida pelo fisco.
>
> 2. O cerne do pedido liminar do agravo reside na aferição da viabilidade e possibilidade da incidência cumulada da alíquota de 17% do ICMS prevista na Lei Estadual nº 12.670/96 e da regra de tributação prevista na Instrução Normativa nº 12/2004 da SEFAZ-CE sobre operação de aquisição de produtos hortifrutigranjeiros advindos do exterior.
>
> 3. Numa análise puramente perfunctória, mostra-se indubitável a ocorrência de fatos geradores distintos, sendo perfeitamente cabível a aplicação cumulada das normas estaduais retromencionadas, não se configurando o "bis in idem" tributário, vedado no país.
>
> 4. Nesse diapasão, cuidam-se de duas operações mercantis de circulação de mercadorias distintas: a primeira prevista na Lei Estadual nº 12.670/96,

> que prevê alíquota de 17% sobre o valor da operação, caracteriza-se pela entrada no país de mercadoria importada do exterior; e, a segunda expressa na Instrução Normativa da Sefaz nº 12/2004, que institui o valor de R$ 3,00 (três reais) para cada caixa de 20 quilos de maçã e o valor de R$ 2,60 (dois reais e sessenta centavos) para cada caixa de 20 quilos de pera, cujo o fato gerador é a circulação interna de mercadoria.
> 5. Quanto ao expediente de retenção da mercadoria, acoima de vício o ato da autoridade, que apreende mercadoria com o propósito de impelir o contribuinte ao pagamento de imposto, matéria inclusive já sumulada pelo Supremo Tribunal Federal e por este Tribunal de Justiça.
> 6. AGRAVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.
> (TJ/CE, Agravo de Instrumento nº 0076108-14.2012.8.06.0000, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Sales Neto, DJCE: 05/11/2012)

> EMENTA: TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ICMS SOBRE A IMPORTAÇÃO. *BIS IN IDEM*. NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
> 1. A não-cumulatividade do ICMS é atendida mediante compensação de débitos e créditos ao longo de toda a cadeia de circulação de mercadorias, nos termos da norma de regência (CF/1988, art. 155, § 2º, inc. I e XII, c).
> 2. Na aquisição de mercadorias mediante importação do exterior, a atuação do sujeito passivo do ICMS dá-se, de maneira díspare, em dois momentos destacados: no primeiro, a importação per se é hipótese de incidência constitucionalmente prevista (art. 155, § 2º, IX, a)], que se materializa por ocasião do desembaraço aduaneiro (LC 87/1996, art. 12, IX)[3], quando, a teor da Súmula 661 do STF, é possível a cobrança do pagamento a ser realizado pelo importador; a segunda operação, apartada da anterior, diz respeito à comercialização interna do produto, *in casu* alho e cebola, em relação aos quais a recorrida reconhece a submissão ao regime de substituição tributária com pagamento antecipado, regido pela Instrução Normativa nº 12/2004, pelo que, decorrendo a exação da materialização de hipóteses de incidência distintas, descabe cogitar de ocorrência de *bis in idem* ou bitributação.
> 3. Agravo de instrumento conhecido e parcialmente provido.
> (TJ/CE, Agravo de Instrumento nº 0075894-23.2012.8.06.0000, 1ª Câmara Cível, Rel. Desa. Maria Edna Martins, DJCE: 24/09/2013)

Compartilhando o mesmo posicionamento, a Sexta Câmara Cível deste Sodalício manifestou-se no Agravo de Instrumento nº 0007429-93.2011.8.06.0000, de Relatoria da e. Desa. Sérgia Maria Mendonça Miranda, publicado no DJCE de 09/04/2013. Veja-se:

> EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO NO MANDADO DE SEGURANÇA. ICMS. OPERAÇÃO DE IMPORTAÇÃO DE PRODUTOS HORTIFRUTIGRANJEIROS. TRIBUTAÇÃO PELAS REGRAS DA LEI N. 12.670/96 E DA INSTRUÇÃO NORMATIVA N. 12/2004. INCIDÊNCIA CUMULADA DA ALÍQUOTA DE 17%. POSSIBILIDADE.

> 1. O cerne do pedido liminar do agravo reside na aferição da viabilidade e possibilidade da incidência cumulada da alíquota de 17% do ICMS prevista na Lei Estadual nº 12.670/96 e da regra de tributação prevista na Instrução Normativa nº 12/2004 da SEFAZ-CE sobre operação de aquisição de produtos hortifrutigranjeiros advindos do exterior.
> 2. Mostra-se indubitável a ocorrência de fatos geradores distintos, sendo perfeitamente cabível a aplicação cumulada das normas estaduais retromencionadas, não se configurando o "bis in idem" tributário, vedado no país. Nesse diapasão, cuidam-se de duas operações mercantis de circulação de mercadorias distintas: a primeira prevista na Lei Estadual nº 12.670/96, que prevê alíquota de 17% sobre o valor da operação, caracteriza-se pela entrada no país de mercadoria importada do exterior; e, a segunda expressa na Instrução Normativa da Sefaz nº 12/2004.
> 3. Agravo conhecido e provido.

Ademais, em face das alterações legislativas promovidas pela Emenda Constitucional nº 33/2001, atribuiu-se, no art. 155, §2º, inciso IX, alínea *a*, a incidência do ICMS à importação, cujo pagamento deve ser efetuado quando o bem ou a mercadoria sofre o desembaraço aduaneiro, ou seja, no momento de sua entrada no país.

Independentemente de ser o importador pessoa física ou jurídica, bem como, de ser ou não contribuinte habitual do referido imposto, a incidência é medida que se impõe, devendo, no caso, ser aplicada o enunciado da Súmula nº 661, do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual: "na entrada de mercadoria importada do exterior, é legítima a cobrança do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro".

Sobre o tema, os arts. 3º e 44, ambos da Lei Estadual de nº 12.670/96, que dispõe acerca do Imposto sobre Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação – ICMS, estabelecem que:

> Art.3º. Considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:
> (…)
> VI – do desembaraço aduaneiro das mercadorias ou bem importados do exterior;
>
> Art. 44. As alíquotas internas são aplicadas quando:
> (…)
> II – da entrada de mercadorias ou bens importados do exterior.

Com efeito, inexistindo caso de bitributação, não há que se afastar a incidência da alíquota de 17% do ICMS referente à entrada da mercadoria proveniente do exterior.

No tocante à apreensão das mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos, a decisão agravada não merece qualquer reforma, tendo em vista está em consonância com a jurisprudência dominante desta c. Corte de Justiça e

verbetes sumulares do Supremo Tribunal Federal.

É pacífica a jurisprudência deste Colendo Tribunal de Justiça no sentido de que o Fisco não pode utilizar a apreensão de mercadorias para coagir o contribuinte a efetuar o pagamento do tributo tido como devido, podendo, tão somente, apreendê-las pelo período necessário à adoção das medidas imprescindíveis de identificação da infração cometida, sob pena de ofensa aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Veja-se:

> DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RETENÇÃO DE MERCADORIAS COM O OBJETIVO DE COMPELIR O CONTRIBUINTE AO PAGAMENTO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N° 323 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO SENTENÇA MANTIDA.
> 1. O caso trazido à baila se amolda perfeitamente ao previsto na Súmula n° 323 do STF, uma vez que a apreensão das mercadorias se deu exatamente para que o apelado realizasse o pagamento dos tributos devidos, fato que vai de encontro ao entendimento daquela Corte de Justiça.
> 2. Dispõe a Súmula n° 323 do STF: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento do tributos"**.**
> 3. Ainda que o Decreto Estadual n° 24.569/97 autorizasse a retenção indiscriminada e excessivamente prolongada de mercadorias, fato que não ocorre, deveria ele ser aplicado em consonância com os demais dispositivos legais que regem a matéria.
> 4. Apelação Cível conhecida e não provida. Sentença mantida.
> (TJ/CE, Apelação/Reexame Necessário nº 16161-70.2005.8.06.0001/1, 5ª Câmara Cível, Rel. Des. Francisco Barbosa Filho, Data de Registro: 24/11/2011)

> TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. REMESSA NECESSÁRIA. APREENSÃO DAS MERCADORIAS.ILEGALIDADE E ABUSO DE PODER.
> 1. A apreensão de mercadoria em trânsito, só é legitima até a lavratura do auto infracional, oportunidade em que se procede à identificação de eventual ilícito tributário praticado, a partir do qual se revela arbitrária a subsistência da apreensão da respectiva mercadoria.
> 2.Tem-se que a Administração Pública age em inequívoca ilegalidade quando condiciona a liberação de mercadoria à comprovação de regularidade junto ao Fisco, quer pelo adimplemento de tributo quer pelo pagamento de multa, posto que pretende, indiretamente, forçar o contribuinte a pagar impostos que julga exigíveis**.**
> 3. Maciço entendimento pretoriano. Súmulas nº 31 do TJCE e 323 do STF.
> 4. Remessa conhecida, porém não provida. Sentença mantida.
> (TJ/CE, Reexame Necessário nº 191-67.2003.8.06.0173/1, 1ª Câmara Cível, Rel. Des. Paulo Francisco Banhos Ponte, Data de Registro: 09/09/2011)

No entanto, a retenção por mais tempo que o necessário para averiguar a

infração consubstacia-se em coerção ao contribuinte para pagamento do tributo tido como devido, consoante dispõem os enunciados da Súmula de nº 323 do Supremo Tribunal Federal e 31 deste Sodalício, *in verbis*:

> Súm. 323, STF. É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.
>
> Súm. 31, TJ/CE. Padece de ilegalidade e ilicitude a apreensão de mercadorias pelo fisco como forma coercitiva de pagamento de tributos, devendo a satisfação do crédito tributário ocorrer mediante a instauração de procedimento administrativo e jurisdicional próprios à sua constituição e execução, respectivamente.

Isto posto, conheço do Agravo de Instrumento interposto para dar-lhe parcial provimento, reformando parcialmente a decisão agravada, a fim de incidir ao caso vertente o ICMS na alíquota de 17% (dezessete por cento) sobre a importação das mercadorias, prevista na Lei Estadual nº 12.670/96, haja vista a não caracterização da bitributação.

É como voto.

Fortaleza, 06 de novembro de 2013.

Ação Rescisória

PROCESSO Nº: 13513-52.2007.8.06.0000/0
TIPO: AÇÃO RESCISÓRIA
COMARCA: FORTALEZA
AUTORA: VERPLASA INCORPORADORA LTDA.
RÉUS: FRANCISCO DAS CHAGAS CARVALHO , DAISY MARIA ROCHA CARVALHO, JARDEL CARDOSO COSTA
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO EM AÇÃO DE USUCAPIÃO DO TITULAR DO DOMÍNIO. HIPÓTESE DE QUERELA *NULITATIS INSANABILIS* OU AÇÃO RESCISÓRIA A CRITÉRIO DO INTERESSADO. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA. INOCORRÊNCIA. DOLO E ERRO DE FATO CAPAZ DE ALTERAR O RESULTADO DO JULGAMENTO RESCINDENDO.

1 – A ausência de citação do titular do domínio não convalesce. Porém, o dolo da parte e o erro de fato, a critério do interessado, permitem o ajuizamento da ação rescisória, como modo próprio de rescindir a sentença objeto da usucapião. Precedentes.

2 – Sem dúvida a ação rescisória legitima, em tese, os atores processuais da demanda que teve curso em primeiro grau de jurisdição. No entanto, é parte legítima para o juízo rescindendo o terceiro interessado, como titular do domínio ou seu sucessor, segundo orientação do Excelso Superior Tribunal de Justiça.

3 - Constada por exame pericial que o imóvel da usucapião é o mesmo daquele que detém o domínio, deve a sentença ser rescindida por comprovado dolo da parte e erro de fato a levar o julgador singular a equívoco.

4 - Ação julgada procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação rescisória de nº 13513-52.2007.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Câmaras Cíveis Reunidas, à unanimidade de votos, em conhecer da demanda para julgar procedente o pedido, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória proposta por VERPLASA INCORPORADORA LTDA. contra decisão judicial definitiva proferida pelo Juízo de Direito da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza, nos autos da ação de usucapião, processo nº 2000.0115.5379-1, proposta pelos ora requeridos.

A autora alega, em síntese, que adquiriu em leilão público na Justiça Federal o imóvel que foi objeto da sentença rescindenda. Ataca a decisão em exame como resultante de erro de fato, em consequência de documentos da causa, na medida em que os promovidos da usucapião informaram ao Juízo dados incorretos quanto à localização do imóvel. Ademais disso, muito embora o imóvel tivesse registro imobiliário, este foi ocultado. No caso, explica que após adquirir o bem no referido leilão público e ao tentar adentrar na sua posse, o encontrou irregularmente ocupado pelos demandados. Esclarece, ainda, que a procedência do pedido em primeiro grau de jurisdição decorreu de dolo da parte que usucapiu o imóvel, de modo que documento novo, exibido nesta rescisória, resulta em força suficiente à declaração de invalidade do julgamento.

À inaugural foram acostados os documentos de fls. 16/144, com destaque para a cópia integral do processo de usucapião, da prova de domínio existente sobre o bem, e, ainda, da arrematação levada a efeito pela parte promovente em hasta pública.

Por meio do despacho de fls. 158/162, a relatoria predecessora deferiu tutela de urgência para garantir a posse da parte promovente sobre o imóvel, determinando a citação dos réus para responderem a presente ação, dentro do prazo máximo estabelecido pelo art. 491, do CPC.

Em sede contestatória, ofertada às fls. 173/181, os promovidos, Francisco das Chagas Carvalho e Daisy Maria Rocha Carvalho, sustentaram, preliminarmente, a ilegitimidade *ad causam* da parte promovente, argumentando que o imóvel objeto da usucapião somente foi adquirido pela mesma depois de proferida a sentença que se busca rescindir. Segue longa pretensão de reforma da medida liminar concedida pela relatoria originária. Quanto ao mérito é afirmado ser inexistente o erro de fato e, ainda, que o dolo indicado na peça inicial não ocorreu. Lembra que anteriormente à imissão na posse sofrida não tinha notícia de propriedade alheia sobre o bem, mesma que da TRANS OK, empresa que perdeu o domínio do imóvel alineado no referido leilão judicial.

Já o demandado, Jardel Cardoso Costa, mesmo citado, não atendeu ao chamado para se defender, resultando revel e confesso quanto aos fatos alegados.

Com vista dos autos, o representante ministerial, mediante parecer acostado às fls. 215/218, opinou pela realização de provas instrutórias com a delegação do ato ao juízo singular.

Esta relatoria, às fls. 222 deferiu as provas as serem produzidas, delegando o ato ao juízo da 25ª Cível da Comarca de Fortaleza, que por seu turno ouviu testemunhas, tomou depoimentos pessoais e realizou perícia, conforme peças de fls. 239/243, 260/266

e 270/280. Para a audiência de fls. 270/280 compareceu Jardel Cardoso Costa juntando ao processo instrumento de procuração, fls. 273, oportunidade na qual foi ouvido em depoimento pessoal - fls. 278. Em seguida foi encerrada a instrução processual, sem a ouvida das testemunhas dos promovidos dado que ausentes quando os mesmos se comprometeram a trazê-las independentemente de intimação. O encerramento da prova se fez com a oitiva do Ministério Público e em seguida os demandados lançaram nos autos Agravo Retido, sobre a qual falou a parte contrária. No exame do juízo de retratação a magistrada *a quo* manteve sua decisão de encerramento da instrução probatória e da prova oral dos requeridos.

Parecer da douta Procuradoria às fls. 294, entendendo que a matéria objeto da lide não se encontra no rol taxativo do art. 485, do CPC, no que opina pela transformação desta rescisória em querela *nulitatis insanabilis,* remetendo-se os autos ao juízo de planície que realizou a instrução do processo, para nesta instância ser proferido o julgamento do mérito do pedido.

É o que importa relatar.

VOTO:

Necessário enfrentar de plano a opinião apresentada pelo ministério público no que se refere à transformação desta rescisória em querela *nulitatis insanabilis,* porquanto entende este órgão que a ausência de citação na ação de usucapião, daquele que detém o domínio, é condição de existência da demanda, de modo que não haveria sentença a ser rescindida.

Assim, porém, não entendo e em acorde com a compreensão do respeitado Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acredito que seja mais certo admitir a dupla possibilidade de se declarar a nulidade da sentença, isto é, o decisório pode ser objeto da ação de nulidade absoluta por ausência de citação ou de ação rescisória, a critério do interessado. Segue a posição acerca da dupla possibilidade de uso das vias jurisdicionais, *verbis*:

> "Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO. SENTENÇA COM TRÂNSITO EM JULGADO. NULIDADE DE CITAÇÃO. Havendo certificação do trânsito em julgado da sentença, a matéria concernente à nulidade de citação encontra procedibilidade apenas por ocasião de eventual cumprimento de sentença (art. 475-L, I, do CPC), ação rescisória ou querela *nulitatis*, à conveniência do prejudicado. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.
> (Agravo de Instrumento Nº 70042277855, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira Rebout, Julgado em 30/06/2011)

Reconhecida a possibilidade de esta demanda ser julgada por este Sodalício,

observo que deve ser reexaminado o Agravo Retido interposto pela parte promovida na audiência de instrução que encerrou a instrução processual e, em consequência, sua prova. No caso, acredito que se conservar a interlocutória do juízo singular seja o melhor caminho, por dois fundamentos: primeiro, o encerramento da prova se deu como pena, considerando-se a desistência tácita, na medida em que a parte se comprometeu a apresentar suas testemunhas independentemente de intimação, mas não o fez. Segundo, a prova produzida no feito, mormente a pericial, a entendimento deste relator, é suficiente ao deslinde da querela. Quanto a este último tópico segue a posição colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, *ad litteram:*.

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PROVA TESTEMUNHAL. DESNECESSIDADE.I - O juiz é o destinatário da prova. É ele que tem legitimidade para aferir se a causa já está suficientemente instruída, de modo a firmar o seu convencimento sobre a necessidade ou não de dilação probatória. II - A produção de prova testemunhal requerida é de todo inútil, pois mesmo que o agravante lograsse com isso comprovar que a doadora, no momento do ato de disposição graciosa de seu patrimônio, não estava no domínio de suas faculdades mentais, não teria o condão de obter no mesmo processo a anulação da liberalidade, uma vez que o recorrente não formulou reconvenção ao pedido deduzido na ação reivindicatória. III - Recurso improvido. Unânime. (Acórdão n. 174611, 20020020081572AGI, Relator JOSÉ DIVINO DE OLIVEIRA, 1ª Turma Cível, julgado em 14/04/2003, DJ 25/06/2003 p. 20)

Questão interessante é a suscitada em sede preliminar pela parte promovida, quanto à ilegitimidade *ad causam* da parte autora. Com efeito, é indiscutível que o juízo rescisório é um espelho da lide originária. Portanto, as partes aqui presentes devem reproduzir as mesmas constantes do processo precedente. No entanto, a parte sucedida pela atual promovente deveria ter sido indicada no processo, dado que era titular do domínio à época, de modo que a ilegitimidade é inocorrente. Neste sentido a posição do Excelso Superior Tribunal de Justiça, *litteram:*

> "PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO RESCISÓRIA EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO À LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, CPC. FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO DA CORTE ESPECIAL (RESP 476.665/SP). AÇÃO RESCISÓRIA. LEGITIMIDADE *AD CAUSAM* DE TERCEIRO. ART. 287, II, DO CPC. AUSÊNCIA DE PUBLICAÇÃO DA REINCLUSÃO DO FEITO EM PAUTA DE JULGAMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DESAPROPRIAÇÃO DIRETA. DISCUSSÃO ACERCA DO DOMÍNIO. ART. 34 DO DL. 3.365/41. TERRAS DE FRONTEIRA. PARANÁ.
> 1. O Recurso Especial interposto contra acórdão proferido em sede de ação rescisória pode veicular os mesmos dispositivos legais que ensejaram a propositura da ação rescisória, por violação literal a disposição de lei.
> 2. A Corte Especial, revendo anterior posicionamento jurisprudencial,

> decidiu que: "(...)Se o autor da rescisória afirma violado certo artigo de lei e vê sua pretensão julgada em seu desfavor, o recurso especial pode envolver o tema da contrariedade do mesmo dispositivo que na ação se alegou malferido" (Corte Especial - RESP 476.665-SP, Relator Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 20.06.2005). Precedentes jurisprudenciais do STJ: AgRg no Ag 580593/SP, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 21.02.2006 e RESP 746301/DF, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 23.05.2006.
> 3. A legitimidade ativa para a propositura da ação rescisória, em princípio, é conferida às partes do processo no qual proferida a sentença rescindenda, posto que nada mais lógico do que os destinatários do comando judicial viciado pretenderem desconstituí-lo.
> 4. Como de sabença, o terceiro prejudicado, que de há muito é prestigiado pelos ordenamentos mais vetustos e que lhe permitem intervir em qualquer grau de jurisdição, também está habilitado à rescisão da sentença. Para esse fim, o seu legítimo interesse revela-se pela titularidade de relação jurídica conexa com aquela sobre a qual dispôs sentença rescindenda, bem como pela existência de prejuízo jurídico sofrido.
> 5. A doutrina especializada, ao discorrer acerca da definição de "terceiro juridicamente interessado", deixa assente que o interesse deste, ensejador da legitimação para propositura da rescisória, não pode ser meramente de fato, vez que, por opção legislativa os interesses meramente econômicos ou morais de terceiros não são resguardados pela norma inserta no art. 487 do CPC. É o que se infere, por exemplo, da lição de Alexandre Freitas Câmara, *in verbis*: "(...) No que concerne aos terceiros juridicamente interessados, há que se recordar que os terceiros não são alcançados pela autoridade de coisa julgada, que restringe seus limites subjetivos àqueles que foram partes do processo onde se proferiu a decisão.
> Pode haver, porém, terceiro com interesse jurídico (não com interesse meramente de fato), na rescisão da sentença. Como regra, o terceiro juridicamente interessado será aquele que pode intervir no processo original como assistente. Considera-se, também, terceiro legitimado a propor a 'ação rescisória' aquele que esteve ausente do processo principal, embora dele devesse ter participado na condição de litisconsorte necessário." (*in* "Lições de Direito Processual Civil", vol. II. 10.ª ed. rev. e atual., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2005, pp.24/25 - grifo nosso) 6. *In casu*, a União é parte legítima para a propositura da ação rescisória que se apresenta juntamente com o INCRA, vez que o objeto do acórdão rescindendo é a desapropriação de terras localizadas em faixa de fronteira, pertencentes à própria União e que foram alienadas a título no domínio pelo Estado do Paraná.
> 7. (*... omissis...)*
> 24. Recursos especiais parcialmente conhecidos e providos.
> (REsp 867.016/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 06/08/2009)

No mérito anoto que a sentença de primeira instância, transitada em julgado por ausência de recurso de apelação, na ótica da promovente, deve ser rescindida, porque aqueles que postularam a usucapião indicaram o imóvel com qualificações incorretas,

no que resultou em ausência de citação daquele que detinha o registro imobiliário em seu nome.

Portanto, rege a presente demanda tanto o erro de fato quanto o dolo processual, indicados na verba do art. 485, incisos III e IX, do Código de Processo Civil, cuja transcrição segue:

> "Art. 485 - A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
> III - resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
> IX - fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa".

Exatamente estas duas figuras são ocorrentes no processo. É que, a parte promovente da usucapião levou o julgador a equívoco, quando anexou documentos na causa que não correspondiam a verdadeira localização do imóvel, no que praticou dolo.

Este fato está evidenciado na atividade do perito oficial, laudo às fls. 260 a 266, quando este afirma às fls. 262: "Diante das constatações já mencionadas, este perito pôde concluir que o terreno objeto da presente Ação Rescisória, descrito na matrícula nº 3.845 definido como DOC. 05, fls. 138, 139 e 140 dos autos, na realidade é o mesmo terreno requerido na Ação de Usucapião, processo nº 2001.02.30759-8, fls. 23 e 135, apesar de suas descrições não serem coincidentes".

Repito, a procedência do pedido se impõe a teor da jurisprudência porque, ocorreu dolo da parte, quando omitiu a informação da cerca da existência de titularidade do domínio sobre a coisa. Na ação de usucapião, a citação, tanto do proprietário como do possuidor, devem ocorrer. A sua inexistência é motivo bastante para a anulação do processo por meio de ação autônoma. Vício dessa ordem, por ser de natureza absoluta e não convalesce pelo decurso do tempo.

Correto, portanto, o ajuizamento da ação rescisória com base no dolo da parte vencedora (art. 485, III, do CPC). O dolo a que se refere o inciso III do art. 485 do CPC ocorre quando a parte impede ou dificulta a atuação processual do adversário ou influencia o juízo do magistrado, de modo que o pronunciamento judicial teria sido diverso se inocorrentes tais vícios processuais (RJTAMG 24/83).

O dolo, no caso concreto, consiste no fato de que a titulação do domínio, objeto da ação de usucapião, levou a ausência de citação. Mesmo que se interpretasse, como sustenta o Ministério Público em sua manifestação, fls. 294/304, que a hipótese era de *querella nulitatis,* esta circunstância, repito, não impede o aproveitamento da demanda, em face da aplicação do princípio da fungibilidade. Hipótese, aliás, pacífica no âmbito da jurisprudência, *verbis:*

> "AÇÃO RESCISÓRIA. DEMANDA DIRECIONADA AO RECONHECIMENTO DA NULIDADE DE AÇÃO DE USUCAPIÃO EM RAZÃO DA FALTA DE CITAÇÃO DO CÔNJUGE DE UM DOS

> PROPRIETÁRIOS DO IMÓVEL, ASSIM COMO EM RAZÃO DA CITAÇÃO EDITALÍCIA DE RÉUS RESIDENTES EM LOCAL CERTO E CONHECIDO. Impropriedade do manejo da ação rescisória. Possibilidade de recebimento da ação como querela *nullitatis*, em atenção ao princípio da instrumentalidade. Precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Elementos dos autos que demonstram, efetivamente, a falta de citação de cônjuge de um dos titulares do domínio do imóvel usucapiendo. Hipótese de recebimento da ação como declaratória de nulidade e de procedência do pedido. Ação recebida como declaratória de nulidade e julgada procedente. Unânime.
> (Ação Rescisória Nº 70013971056, Décima Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Augusto Rosa Lopes Nunes, Julgado em 05/07/2007)

No mesmo sentido:

> "Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA VERSANDO SOBRE USUCAPIÃO, NO QUAL O TÍTULAR DO DOMÍNIO, EM NOME DO QUAL ESTAVA TRANSCRITO O IMÓVEL USUCAPIENDO, TERIA SIDO CITADO POR EDITAL, NÃO OBSTANTE SOUBESSE O AUTOR DA DEMANDA SEU ENDEREÇO. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO POR TRATAR A DEMANDA DE *QUERELLA NULITATTIS*. DESCABIMETNO. AÇÃO PROCEDENTE. Ação rescisória baseada no dolo da parte art. 485, III, do CPC. Caso em que a parte autora da ação rescindenda, agindo com dolo, omitiu o endereço do titular do imóvel usucapiendo, valendo-se de tal circunstância para obter sentença favorável. Ainda que se entenda seja a hipótese de mera *querella nullitatis*, não há que se falar em impossibilidade jurídica do pedido em face do princípio da instrumentalidade e da utilidade do processo. VÍCIO DE CITAÇÃO CONFIGURADO. NULIDADE ABSOLUTA. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. Prova coligida aos autos que demonstra, efetivamente, a falta de citação pessoal dos titulares do domínio do imóvel usucapiendo, cujo endereço era conhecido. Citação por edital. Ausência de nomeação de curador especial. Nulidade. A falta de nomeação de curador especial ao demandado revel, citado por edital, conforme artigo 9º, inciso II do Código de Processo Civil, caracteriza nulidade absoluta. A parte demandante é responsável pela afirmação de que a parte a ser citada por edital encontra-se em lugar incerto e não sabido. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE.
> (Ação Rescisória Nº 70019462019, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 23/09/2009)

Do quanto exposto, julgo procedente o pedido, para desconstituir a sentença que julgou procedente a ação de usucapião ajuizada por FRANCISCO DAS CHAGAS CARVALHO, prolatada pelo juízo da 25ª Vara Cível da Comarca de Fortaleza.

Consolido a medida liminar de fls. 158/162 e condeno os réus ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador da autora,

quantia fixada em R$ 1.000,00 (mil reais), nos termos do art. 20, §§3º e 4º, do CPC.

Após o trânsito em julgado, oficie-se ao Cartório de Registro de Imóveis da 6ª Zona da, para cancelar a matrícula nº 018.274, indicada em cópia às fls. 137.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 30 de outubro 2012.

PROCESSO Nº: 25639-13.2002.8.06.0000/0
TIPO: AÇÃO RESCISÓRIA
COMARCA: FORTALEZA
AUTORAS: ALICE GUIMARÃES SILVA, ANTÔNIA DE FÁTIMA FARIAS CAVALCANTE, FRANCISCA DAS CHAGAS DE OLIVEIRA, JOSÉ MILTON FERREIRA DE HOLANDA, MARISALDA TORRES DE OLIVEIRA ARAUJO
RÉU: MUNICÍPIO DE FORTALEZA-CE.
RELATOR: DES. FRANCISCO AURICÉLIO PONTES

EMENTA: AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO. PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO DO FUNDO DO DIREITO ACOLHIDA. PRECEDENTES DO STJ E DESSE TJCE.

1. Os promoventes foram beneficiários de gratificação instituída pelos arts. 9º e 10, da Lei Municipal nº 5.177/79, posteriormente transformada em vantagem pessoal (VPR) pela Lei Municipal nº 6.712/90. Este diploma legal extinguiu a gratificação de forma concreta.
2. Portanto, o direito dos prejudicados deveria ser reclamado no prazo de até cinco anos, previstos no art. 1º, do Decreto nº 20.910/32. Como a Lei que modificou o direito é de 1990 e a ação somente foi protocolada em 1996, ocorreu, na espécie, a prescrição do fundo do direito.
3. Ação Rescisória julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação rescisória de nº 25639-13.2002.8.06.0000/0, em que são partes as retro indicadas.

ACORDA o Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em Câmaras Cíveis Reunidas, à unanimidade de votos, conhecer da demanda para julgar improcedente o pedido, nos termos do voto do relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Ação Rescisória apresentada pelos acima indicados contra acórdão nº 1998.05246-0, fls. 65/67, proferido pela 3ª Câmara Cível deste Sodalício, nos autos da ação ordinária proposta em desfavor do Município de Fortaleza.

A parte autora alega, em síntese, que sentença da 6ª Vara da Fazenda

Pública julgou improcedente seu pedido, cuja decisão foi confirmada por acórdão deste Tribunal de Justiça. O objeto da ação tem como pedido a imposição do pagamento de gratificação instituída pelos arts. 9º e 10, da Lei Municipal nº 5.177/79, posteriormente transformada em vantagem pessoal (VPR) pela Lei Municipal nº 6.712/90, art. 10.

Esclarece a inicial que a sentença e o acórdão contêm equívocos, pois referenciam a ausência de ofensa a direito adquirido ou não redução de vencimentos, para proclamar a improcedência do pedido, quando estes assuntos não se referem ao pedido. Assim, ocorreu violação à literal disposição de lei, porquanto as decisões se distanciaram dos limites objetivos da lide. Isto porque, se pede apenas a observância de norma que impõe à Municipalidade o adimplemento de valor.

Portanto, a sentença e o Acórdão são nulos, a teor do disposto no art. 128 e 460, do CPC.

Na sequência, os autores da rescisória informam que a decisão em exame contém erro de fato decorrente de premissa equivocada para a improcedência do pedido. No final, pedem o exercício do juízo rescindendo sobre o acórdão para em seguida ser proferido novo julgamento de procedência do pedido.

À inaugural foram acostados os documentos de fls. 16/74 - cópia parcial dos autos do processo objeto da ação -, com destaque para o acórdão a ser revisado - fls. 17/19, da lavra do saudoso Des. Edmilson da Cruz Neves.

Por meio do despacho de fl. 83, a relatoria predecessora determinou a citação do réu para responder à ação, dentro do prazo estabelecido pelo art. 491, do CPC.

Em sede contestatória, ofertada às fls. 86/97, o promovido sustenta, preliminarmente, prescrição do fundo do direito. Nesse ponto, argumenta que em havendo lei impondo o pagamento, posteriormente revogada em 1990, sem que os beneficiários tenham iniciado a fruição do direito, a ação original foi apresentada fora do prazo dos cinco anos previstos no art. 1º, do Decreto nº 20.910/32, uma vez que ajuizada em 1996.

Para fundamentar esta preliminar explica que a própria inicial proclama que os requerentes jamais receberam qualquer valor por força do direito reclamado.

No mérito é afirmado que os servidores públicos não têm direito adquirido a regime jurídico, conforme doutrina e jurisprudência aplicável à matéria. Cita a compreensão do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, demonstrando a ausência de direito a amparar a pretensão autoral. Depois, explica o Município que não ocorreu violação aos dispositivos do art. 485, do CPC. Por fim pede a improcedência da demanda.

Em réplica, fls. 102/104, a parte promovente defende a ausência de prescrição, asseverando que o caso se refere às relações jurídicas de trato sucessivo, de modo que a prescrição atinge apenas as verbas vencidas nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Assim, afirma que o pedido deve ser acolhido integralmente.

Intimadas as partes para indicarem as provas a serem produzidas, transcorreu o prazo sem manifestação, conforme certidão de fl. 107.

Com vista dos autos, o representante ministerial, em parecer de mérito acostado às fls. 111/118, opinou pelo afastamento da preliminar por entender que se julga relação jurídica de trato sucessivo. Ademais, o pedido rescisório é procedente porque presentes os requisitos de admissibilidade.

É o que importa relatar.

À douta revisão.

VOTO

Necessário o exame da preliminar suscitada na defesa de prescrição do fundo do direito suporte da pretensão da parte autora.

No caso, diz a inicial que em 1979, por força dos arts. 9º e 10, da Lei Municipal nº 5.177/79, foi instituído em prol dos autores uma gratificação de exercício. Nada obstante esse direito criado por lei, os requerentes jamais receberam qualquer valor dos cofres do Município. Posteriormente, esta gratificação foi transformada em vantagem pessoal (VPR) pela Lei Municipal nº 6.712/90. Esta em um segundo momento foi superada pela Lei que estabeleceu o Regime Jurídico Único dos Servidores do Município de Fortaleza.

Assim, proclama a inaugural, cometeu erro a sentença e o acórdão quando julgaram com base na ofensa ao direito adquirido ou a redução de salário. É que, os promoventes, mesmo tendo dispositivo legal favorável, jamais receberam o pagamento respectivo.

Esta é a ocorrência que remete para a ausência de direito adquirido, porque os próprios autores admitem que não existe este debate na lide.

Em sendo assim, tem-se uma lei abstrata de efeitos concretos. Desse modo, quando editada a Lei Municipal nº 6.712 de 24 de setembro de 1990, cópia do diário oficial à fl. 30, teve início o prazo de prescrição para os beneficiados reclamarem o direito modificado pela mesma, alusiva à gratificação transformada em vantagem pessoal.

A ação objeto da rescisória, no entanto, cópia da inicial às fls. 25/28, somente foi protocolada em julho de 1996, quando já escoado o prazo de cinco anos, previsto pelo Decreto nº 20.910/32, art. 1º, cuja transcrição segue:

> "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 cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem."

Ora, a gratificação instituída em 1979 sofreu transformação para VPR no ano de 1990. A partir desta data aquele direito sofreu transformação e se os autores tinham direitos ainda não incorporados a seus vencimentos, a reclamação deveria ter ocorrido até o termo máximo de cinco anos. Como tal não ocorreu, a prescrição extinguiu o direito postulado, conforme posição do Excelso Pretório, *verbis:*

> "ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DECRETO REVOGADOR DE GRATIFICAÇÃO. FUNDO DO DIREITO. PRAZO PRESCRICIONAL QUINQUENAL. AÇÃO AJUIZADA OITO ANOS DEPOIS. PRESCRIÇÃO.
> 1. A revogação da gratificação pretendida pelo agravante ocorreu de forma expressa pelo Decreto n. 26.249/2000. Referido decreto configura uma negação expressa, por parte da administração pública, do direito do autor, de modo que atingiu o fundo do direito.
> 2. Por esse motivo, deveria a presente ação ter sido interposta dentro do prazo quinquenal estabelecido pelo art. 1º do Decreto n. 20.910/32, sob pena de restar configurada a prescrição. No caso dos autos, contudo, a ação somente foi proposta em 12.9.2008, cerca de oito anos após a edição do referido decreto, motivo pelo qual, a presente ação está prescrita.
> Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1272685/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 04/10/2011)"

E mais, as novas regras da vantagem pessoal não mais admitem que se busque suporte para o direito dos requerentes ao recebimento da gratificação. Segue outra Ementa do colendo STJ sobre a matéria:

> "PROCESSUAL CIVIL. POLICIAL MILITAR ESTADUAL. GRATIFICAÇÃO POR ATO DE BRAVURA. DECRETO ESTADUAL N.º 21.753/95. REVOGAÇÃO PELO DECRETO ESTADUAL N.º 26.249/2000. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO CONFIGURADA. PRECEDENTES.
> 1. A Gratificação de Encargos Especiais foi extinta pelo Decreto Estadual n.º 26.249, de 02 de maio de 2000. Assim, é de ser reconhecida a prescrição do fundo de direito, nos termos do art. 1.º do Decreto n.º 20.910/32, já que decorridos mais de 5 (cinco) anos da data da edição daquele diploma legal, que suprimiu a vantagem pleiteada, e a data da distribuição da presente demanda, ocorrida em 19/06/2006.
> 2. Agravo Regimental desprovido.
> (AgRg no REsp 1085261/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 09/03/2009)

Aludida prescrição, é fato, já restou proclamada por julgamento desse Sodalício, conforme segue:

> "Relator(a): FRANCISCO BARBOSA FILHO
> Comarca: Fortaleza
> Órgão julgador: 5ª Câmara Cível
> Data de registro: 19/09/2011
> Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS. SUBSTITUIÇÃO DA GRATIFICAÇÃO DE EXERCÍCIO (GE) PELA VANTAGEM PESSOAL REAJUSTÁVEL (VPR). SUPRESSÃO A PARTIR DA VIGÊNCIA DA

LEI MUNICIPAL 6.712/90. PRESCRIÇÃO DE FUNDO DE DIREITO. OCORRÊNCIA. PRETENSÃO DE REEXAME DE QUESTÃO JÁ AMPLAMENTE DISCUTIDA E ANALISADA. IMPOSSIBILIDADE.
1. Sustentam os embargantes que há contradição no acórdão com jurisprudência do STJ, fundamentando tal arrazoado com base em dois precedentes datados de 1992 e 1993 (RESP 29.448/SP - Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro. Julgamento em 24.11.1992. 6ª Turma e RESP 31.661/SP. Rel. Min. Jesus Costa Lima. Julgamento em 17.02.1993. 5ª Turma).
2. No entanto, não comprovada qualquer contradição na decisão impugnada, posto que respaldada com o mais recente entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça e desta Corte. Verifica-se, porém, mero inconformismo com o resultado do acórdão e pretendem, na verdade, o reexame da demanda, o que sabidamente é inviável pela via dos embargos declaratórios, cujas hipóteses de cabimento estão expressamente previstas no artigo 535 do Código de Ritos.
3. Os Embargos de Declaração têm por finalidade sanar eventuais vícios de omissão, obscuridade ou contradição e não para provocar novo julgamento da lide.
4. Corroborando com esse entendimento, esta Colenda Corte de Justiça editou a Súmula 18 enunciando que "são indevidos embargos de declaração com finalidade única de reexame da controvérsia jurídica já apreciada".
5. Embargos Declaratórios conhecidos e rejeitados."

"Relator(a): CLÉCIO AGUIAR DE MAGALHÃES
Comarca: Fortaleza
Órgão julgador: 5ª Câmara Cível
Data de registro: 27/09/2010
Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL. VANTAGEM MODIFICADA PELA EDIÇÃO DE LEI. PRESCRIÇÃO DO PRÓPRIO FUNDO DE DIREITO. PRECEDENTES DO STJ.
1. "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 natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do que se originaram" (art. 1º do Decreto 20.910/1932).
2. Os apelantes pretendem o restabelecimento de vantagem modificada pela Lei nº 6.712/1990, intentando a ação quando transcorrido o quinquênio legal entre a data da lei que suprimiu a verba pretendida (1990) e a propositura da ação (2003). "Transcorrido o quinquênio legal entre a data da lei que suprimiu a verba pretendida e a propositura da ação, a prescrição atinge o próprio fundo de direito, e não apenas as prestações dele decorrentes". (REsp 212.292/CE).
3. Apelo conhecido e desprovido. Sentença mantida."

Do quanto exposto, acolho a preliminar suscitada, para em conformidade com os precedentes do STJ e desse TJCE, reconhecer a prescrição do fundo do direito e lançar decreto de mérito pela improcedência do pedido, com base no art. 269, inciso IV,

do CPC, condenando os autores a perda dos depósitos garantia de fls. 77/78 em favor do promovido.

Condeno os autores nas custas processuais e nos honorários advocatícios, arbitrados estes em 10% sobre o valor dado à causa.

É como voto, Senhor Presidente.

Fortaleza, 26 de fevereiro de 2013.

AÇÃO RESCISÓRIA Nº 4607-10.2006.8.06.0000/0
AUTOR: MUNICÍPIO DE FORTALEZA
RÉU: NELSON OTOCH
RELATOR: DESEMBARGADOR ADEMAR MENDES BEZERRA

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. PRETENSÃO DE RESCINDIR ACÓRDÃO SUBSTITUTIVO DE SENTENÇA QUE RECONHECEU A INCONSTITUCIONALIDADE DA COBRANÇA DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO DE FORMA PROGRESSIVA E, CUMULATIVAMENTE, DA TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA NO EXERCÍCIO 1996. LEGISLAÇÃO ANTERIOR À PROMULGAÇÃO DA EMENDA Nº 29/2000 À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULAS NºS. 589 E 668 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. A TLP ALÉM DE TER COMO BASE DE CÁLCULO A MESMA DO IPTU REVELOU-SE TRIBUTO INDIVISÍVEL E FATO GERADOR NÃO ESPECÍFICO. IMPROCEDÊNCIA. PEDIDO ALTERNATIVO PARA DESCONSTITUIR A ANULAÇÃO DOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS, SUBSISTINDO OS CRÉDITOS NAQUILO QUE NÃO FOI AFETADO PELA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. DESACOLHIMENTO. PERMITE-SE DECOTAR DAS CDA´S OS VALORES QUE NÃO ESTÃO EM CONSONÂNCIA COM A CARTA MAGNA E COM A LEGISLAÇÃO, PROCEDENDO-SE MEDIANTE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO A ADEQUAÇÃO DO QUANTUM DEBEATUR COM A APLICAÇÃO DA MENOR ALÍQUOTA. PRECEDENTES DO ÓRGÃO JULGADOR. CARÊNCIA DE AÇÃO POR FALTA DE INTERESSE PROCESSUAL, CONSIDERANDO QUE A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU, SUBSTITUÍDA PELO ACÓRDÃO RESCINDENDO, PERMITIU QUE O IMPETRANTE/RÉU NÃO PAGASSE O IPTU PELO VALOR COBRADO PELA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL, POSSIBILITANDO, DESTARTE, QUE FOSSEM EXCLUÍDAS DAS COBRANÇAS AS ALÍQUOTAS DE PROGRESSIVIDADE E TAMBÉM OS VALORES RELATIVOS À TLP.

I – O autor manejou ação rescisória objetivando desconstituir o acórdão substitutivo de sentença proferida em sede de mandado de segurança manejado pelo ora réu em face do Secretário de Finanças do Município de Fortaleza. Pretende: a) o reconhecimento da constitucionalidade da cobrança do IPTU de forma progressiva cumulativamente à Taxa de Limpeza Pública; e, alternativamente, b) desconstituir a anulação total dos lançamentos tributários, subsistindo os créditos naquilo que não foi afetado pela declaração de inconstitucionalidade, permitindo ao Município de Fortaleza o exercício dos seus direitos de crédito.

II – A inconstitucionalidade da cobrança do IPTU progressivo anteriormente às alterações no texto constitucional advindas com a Emenda nº 29/2000 já se encontra devidamente pacificada no âmbito jurisprudencial, inexistindo a violação a texto de lei neste ponto. Inteligência das Súmulas nº 589 e 668 do Supremo Tribunal Federal.

III – A cobrança da Taxa de Limpeza Urbana mostra-se flagrantemente inconstitucional, pois, além de possuir como fato gerador o mesmo do Imposto Predial e Territorial Urbano, constitui tributo inespecífico e indivisível, não se permitindo, ainda, instituir a mencionada exação de forma cumulativa à do IPTU. Violação a literal dispositivo de lei que não se verifica.

IV – O pedido alternativo é inviável, pois a pretensão de decotar dos lançamentos tributários e dos créditos constituídos os valores decorrentes da cobrança da Taxa de Limpeza Pública e do Imposto Predial e Territorial Urbano de 1996 com alíquotas progressivas, é providência permitida na sentença de primeiro grau, substituída pelo acórdão rescindendo, eis que concessivos da segurança para evitar que o impetrante/réu pagasse tais exações da forma cobrada pela Fazenda Pública municipal.

V – A satisfação dos créditos fiscais, com as limitações contidas nas decisões rescidendas, poderia ter ocorrido no âmbito da própria Administração Fazendária, mediante o decote das parcelas que foram julgadas inconstitucionais, sendo suficiente, para tanto, que sobre o valor venal dos imóveis incidisse a menor alíquota do Imposto Predial sobre a Propriedade Urbana vigente nos respectivos exercícios, procedendo-se, para tanto, por mero cálculo aritmético.

VI – Se a Fazenda Pública do Município de Fortaleza

assim não o procedeu na época certa, inscrevendo os créditos tributários na dívida ativa, escoimadas as causas de inconstitucionalidade, como antes dito, e ingressando com as devidas execuções fiscais, não se pode, nesta oportunidade, reavivar o prazo prescricional para a cobrança de tributo cuja constituição definitiva ocorreu em 1996, considerando, para tanto, que o art. 174 do CTN trata expressamente da hipótese prescricional.

VII – Desnecessidade da via rescisória para obter o provimento jurisdicional pretendido de forma alternativa, revelando-se a carência de ação do Município de Fortaleza quanto ao julgamento do pedido alternativo, esta representada na ausência de interesse processual, prevista no art. 267, VI, última figura, do CPC, identificada na conjunção necessidade do provimento jurisdicional versus adequação do provimento e do procedimento para a solução do litígio.

VIII – Precedente do órgão julgador: ação rescisória nº 27290-12.2004.8.06.0000/0, Relator Desembargador Ademar Mendes Bezerra, julgado em 29 de novembro de 2011.

IX - Em razão da aplicação do princípio sucumbencial, condena-se o autor ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em R$ 3.000,00 (três mil reais), isentando-o do pagamento das custas processuais.

Ação rescisória julgada improcedente e extinta sem análise do mérito quanto ao pedido alternativo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação rescisória nº 4607-10.2006.8.06.0000/0, em que figuram as partes acima indicadas, acordam os excelentíssimos senhores Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis Reunidas do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em conhecer da lide e julgá-la improcedente, extinguindo-a, entretanto, sem análise do mérito quanto ao pedido alternativo, na conformidade do voto do relator.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

RELATÓRIO

O Município de Fortaleza ajuizou ação rescisória contra Nelson Otoch visando à rescisão do acórdão proferido na apelação cível nº 2000.0089.6667-3,

substitutivo da sentença lançada nos autos de mandado de segurança nº 96.02.17720-9 e que tramitou perante a 7ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, procedendo-se a novo julgamento da lide para que seja provido o apelo e julgada pela improcedência dos pedidos formulados pelo impetrante, réu nestes autos.

Alega, na peça inicial (fls. 02/16), que o objetivo do mandado de segurança era decretar a nulidade dos lançamentos tributários efetuados pela Fazenda Pública de Fortaleza em face da progressividade do lançamento e da constituição dos créditos tributários relativos ao Imposto Predial e Territorial Urbano e à Taxa de Limpeza Pública, considerando os valores dos imóveis do executado anteriormente à Emenda nº 39 à Constituição Federal.

Defende que a decisão rescindenda violou expresso dispositivo de lei federal, como o art. 142 do Código Tributário Nacional, assim como o art. 145, §1º, da CF/1988 permite que os impostos tenham caráter pessoal e a graduação segundo a capacidade econômica do contribuinte. Por este motivo, entende que a Lei Maior confere à administração fazendária a tarefa de zelar pela boa realização do direito tributário, sempre em respeito aos princípios constitucionais.

Explica o autor que quando se anula o lançamento de tributos, atenta-se contra o art. 142 do CTN, eis que resta atacado o exercício de poderes-deveres fundamentais à evolução da relação jurídica tributária, qual seja cumprimento e exigibilidade. Deduz que na hipótese de o lançamento não estiver em estrita consonância com a Lei e passível de alterações, não há se negar que subsista parcialmente e gerando os seus efeitos, servindo o ato revisional apenas para adequar o lançamento à norma aplicável e não para promover a sua anulação total.

E, em assim, sendo, como constou do título judicial transitado em julgado, nos casos em que há possibilidade de subsistência do lançamento perante alterações, não há motivo para se realizar uma nova atividade lançadora, inexistindo previsão de renovação do prazo decadencial previsto no art. 173 e seu inc. II do Cód. Tributário Nacional, mantendo-se o conteúdo da norma lançada, mesmo que parcialmente, prosseguindo-se com as atividades de cobrança dos tributos.

O autor sustenta que o reconhecimento da nulidade, in totum, do lançamento, em virtude da declaração de inconstitucionalidade da progressividade do IPTU constitui afronta ao poder-dever administrativo de constituir o crédito (arts. 142 e 145 do CTN) e de cobrá-lo, maculando-se, ademais, os arts. 183 a 191 e 201 a 204 todos do CTN e da sistemática de cobrança prevista na Lei nº 6.830/1980 (arts. 2º e seus parágrafos e 3º).

Requer a admissão da pretensão rescisória, procedendo-se ao novo julgamento da apelação para reconhecer a denegação da segurança ou, alternativamente, para desconstituir a anulação total dos lançamentos tributários, subsistindo os créditos naquilo que não foi afetado pela declaração de inconstitucionalidade, permitindo ao Município de Fortaleza o exercício dos seus direitos de crédito.

Juntou os documentos de fls. 17 a 301, ressalvando, como peças principais, o acórdão rescindendo (fls. 252/264), certidão de trânsito em julgado (fls. 296/297),

sentença de primeiro grau (fls. 154/169) e embargos do devedor.

Contestação do réu às fls. 321 a 330. Alega, em sede preliminar, que da narração dos fatos não decorre logicamente a conclusão, situação que permite a configuração da inépcia da inicial porque o Município de Fortaleza não esclareceu como o acórdão infringiu cada um dos dispositivos legais tidos como violados na peça vestibular.

No mérito argui que o Município de Fortaleza efetivou os lançamentos do IPTU de forma progressiva conjuntamente com a Taxa de Limpeza Pública no exercício de 1996, no que se revela afronta à Constituição Federal nos seus arts. 182, §§ 2º e 4º, e 145, § 2º, respectivamente, tese esta consagrada na Súmula nº 668 do STF.

Ventila que uma vez anulados os lançamentos tributários, competia ao Município de Fortaleza praticar novo ato, desde que respeitado o prazo decadencial, constituindo novamente e de forma válida, o crédito devido.

O réu contrapõe a inicial suscitando que o acórdão rescindendo sequer enfrentou os dispositivos legais tidos como violados pelo autor da inicial.

Pugna pela improcedência da lide rescisória, juntando documentos (fls. 331/344).

Réplica às fls. 352/359.

Encaminhados os autos à douta Procuradoria Geral de Justiça, foi oferecido parecer pela rejeição da questão preliminar e, no mérito, pela improcedência da ação (fls. 365/371).

Às fls. 373/374 proferi despacho anunciando o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, do CPC, prescindindo da apresentação de razões finais e determinando, alfim, a intimação das partes para que não alegassem surpresa acerca do ato judicial.

É o relatório.

VOTO

As argumentações autorais tratam da rescisão de acórdão substitutivo de sentença.

Relata que o acórdão rescindendo declarou a nulidade das Certidões da Dívida Ativa municipal decorrentes da constituição de créditos tributários do autor em face da ré quanto à cobrança do Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana incidente sobre imóveis de propriedade do promovido, afrontando-se a literalidade dos arts. 142 e 145, 183 a 191 e 201 a 204 todos do CTN e da sistemática de cobrança prevista na Lei nº 6.830/1980 (arts. 2º e seus parágrafos e 3º), possibilitando-se o trânsito da ação rescisória com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC.

Requer, o Município de Fortaleza, que se proceda ao novo julgamento da apelação para que a segurança seja denegada ou, alternativamente, para desconstituir a anulação total dos lançamentos tributários, subsistindo o crédito naquilo que não foi

afetado pela declaração de inconstitucionalidade, permitindo ao Município de Fortaleza o exercício dos seus direitos de crédito.

No que toca à possibilidade da cobrança progressiva do IPTU, verifica-se que as CDA´s que instruíram a ação de execução fiscal que foi desconstituída por meio de embargos do devedor referem-se a fatos geradores verificados entre os anos de 1993 a 1997.

Vejamos o teor das Súmulas nº 589 e 668 do STF:

> Súmula 589:
>
> É inconstitucional a fixação de adicional progressivo do Imposto Predial e Territorial Urbano em função do número de imóveis do contribuinte.
> (Data de Aprovação Sessão Plenária de 15/12/1976, DJ de 3/1/1977, p. 6; DJ de 4/1/1977, p. 38; DJ de 5/1/1977, p. 62).
>
> Súmula 668:
>
> É inconstitucional a lei municipal que tenha estabelecido, antes da Emenda Constitucional 29/2000, alíquotas progressivas para o IPTU, salvo se destinada a assegurar o cumprimento da função social da propriedade urbana.
> (Data de Aprovação Sessão Plenária de 24/09/2003, DJ de 9/10/2003, p. 4; DJ de 10/10/2003, p. 4; DJ de 13/10/2003, p. 4).

Estando o acórdão rescindendo e a sentença que julgou o mandado de segurança em consonância com os mencionados excertos jurisprudenciais, que são expressões interpretativas do art. 156, § 1º, da Carta Magna, na redação anterior à Emenda Constitucional nº 29/2000, não se há falar em violação aos dispositivos legais invocados na inicial da lide rescisória.

Rejeita-se a arguição rescisória com fundamento na possibilidade de se instituir e cobrar o IPTU com fundamento em alíquotas progressivas anteriormente à vigência da Emenda nº 29/2000 à Constituição Federal.

A taxa de limpeza pública, por seu turno, não pode ser vinculada ao IPTU, eis que possui natureza e fato gerador distinto, devendo ser divisível e específica, sendo mister transcrever precedente jurisprudencial proferido pelo Supremo Tribunal Federal que exemplifica a impossibilidade da cobrança do tributo na forma pretendida pelo autor:

> EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA: MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. C.F., art. 145, II. CTN, art. 79, II e III.
> I. - As taxas de serviço devem ter, como fato gerador, serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição. Serviços específicos são aqueles que podem ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade

> públicas; e divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos usuários. CTN, art. 79, II e III.
> II. - Taxa de Limpeza Pública: Município de Belo Horizonte: o seu fato gerador apresenta conteúdo inespecífico e indivisível.
> III. - Agravo não provido.
> (RE 337349 AgR, Relator Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 29/10/2002, DJ 22-11-2002 PP-00080 EMENT VOL-02092-06 PP-01057)

A cumulação efetivada pelo autor ao cobrar IPTU progressivo e taxa de limpeza urbana impede o contribuinte de identificar as parcelas que foram objeto de lançamento tributário.

Pertinente a transcrição de acórdão paradigma da Corte Suprema nacional:

> MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. TRIBUTÁRIO. LEI Nº 10.921/90, QUE DEU NOVA REDAÇÃO AOS ARTS. 7º, 87 E INCS. I E III, E 94 DA LEI Nº 6.989/66, DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA. TAXAS DE LIMPEZA PÚBLICA E DE CONSERVAÇÃO DE VIAS E LOGRADOUROS PÚBLICOS.
> - Inconstitucionalidade dos dispositivos sob enfoque.
> - O primeiro, por instituir alíquotas progressivas alusivas ao IPTU, em razão do valor do imóvel, com ofensa ao art. 182, §4º, II, da Constituição Federal, que limita a faculdade contida no art. 156, §1º, à observância do disposto em lei federal e à utilização do fator tempo para a graduação do tributo.
> - Os demais, por haverem violado a norma do art. 145, §2º, ao tomarem para base de cálculo das taxas de limpeza e conservação de ruas elemento que o STF tem por fator componente da base de cálculo do IPTU, qual seja, a área de imóvel e a extensão deste no seu limite com o logradouro público.
> - Taxas que, de qualquer modo, no entendimento deste Relator, tem por fato gerador prestação de serviço inespecífico, não mensurável, indivisível e insuscetível de ser referido a determinado contribuinte, não tendo de ser custeado senão por meio do produto da arrecadação dos impostos gerais.
> Não-conhecimento do recurso da Municipalidade. Conhecimento e provimento do recurso da contribuinte.
> (RE nº 204.827/SP, Relator Ministro ILMAR GALVÃO, PLENÁRIO, julgado em 12/12/1996, DJU 25/04/1997 PP 15213, EMENT. VOL 01866-07 PP 0133)

Em pedido alternativo o Município de Fortaleza pretende desconstituir a anulação total dos lançamentos tributários, subsistindo o crédito naquilo que não foi afetado pela declaração de inconstitucionalidade, permitindo-lhe exercitar judicialmente os seus direitos de crédito.

A pretensão é a de reconhecer a possibilidade de que dos lançamentos efetuados pela Fazenda Pública municipal sejam destacados, por cálculo aritmético, as

parcelas que foram julgadas inconstitucionais (progressividade do IPTU e cobrança da taxa de limpeza pública vinculada ao IPTU) para que reste hígido somente o lançamento do imposto territorial urbano, permitindo-se que se perfaçam as inscrições na dívida ativa e as execuções fiscais.

Mister transcrever a parte dispositiva da sentença (fls. 352/353):

> Diante de tudo que foi exposto, concedo a segurança, nos termos em que foi requerida, reconhecendo como direito líquido e certo do impetrante de não recolher o IPTU e TLP de 1996 dos seus imóveis descritos à fl. 19 nos valores cobrados pelo Município de Fortaleza.

Tanto a sentença de primeiro grau como o acórdão que a substituiu, mas não a reformou, permitiram que se fizesse o decote das parcelas julgadas inconstitucionais. Ressalte-se, por oportuno, que a decisão que se pretende rescindir não foi proferida em sede de embargos à execução fiscal, mas de mandado de segurança.

A inconstitucionalidade do IPTU progressivo e a concomitante incidência da Taxa de Limpeza Pública não resultou na impossibilidade de se decotar dos lançamentos tributários os valores correspondentes à TLP e à parcela do IPTU que não foi atingida pelo vício de constitucionalidade, sendo suficiente, para tanto, que sobre o valor venal dos imóveis incida a menor alíquota do Imposto Predial sobre a Propriedade Urbana vigente nos respectivos exercícios, procedendo-se, para tanto, por mero cálculo aritmético.

Se a Fazenda Pública do Município de Fortaleza assim não o procedeu na época certa, inscrevendo os créditos tributários na dívida ativa, escoimadas as causas de inconstitucionalidade, como antes dito, e ingressando com a devida execução fiscal, não se pode, nesta oportunidade, reavivar o prazo prescricional para a cobrança de tributo cuja constituição definitiva ocorreu em 1996, considerando, para tanto, que o art. 174 do CTN trata expressamente da hipótese prescricional.

Aqui não se fala em higidez das CDA´s, títulos executivos extrajudiciais que gozam de presunção de liquidez e certeza e que têm o efeito de prova pré-constituída, nos termos dos. Arts. 201 a 204 do Código Tributário Nacional, mas, ao contrário, de que tais certidões sequer chegaram a ser expedidas porque o tributo foi apenas lançado e constituído o crédito tributário com a expedição dos carnês de pagamento para o contribuinte.

Inexiste, portanto, infringência aos dispositivos legais elencados como violados pelo autor (arts. 142, 145, 149, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 201, 202, 203 e 204 do Código Tributário Nacional, assim como os arts. 2ª e seus parágrafos e o 3º da lei nº 6.830/1980), mostrando-se, ademais, que a providência jurisdicional pretendida pelo Município de Fortaleza já se encontra atendida pelas decisões judiciais que se pretende rescindir e, se o credor assim não o fez na época oportuna não pode pretender que se perfaça, nesta oportunidade, o judicium rescissorium e o posterior

judicium rescindens.

A possibilidade de se aplicar o juízo rescisório com fundamento no inc. V do art. 485 do CPC não se justifica, pois inexistente a literal violação a dispositivo de lei, que, para tanto, deve ser flagrante de forma a infringir o preceito legal em sua literalidade, não se admitindo quando se conferir interpretação razoável à legislação:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ERROR IN PROCEDENDO. COISA JULGADA FORMAL. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DE LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI NÃO DEMONSTRADA. FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA NÃO INFIRMADOS.
> 1. Mantém-se a decisão agravada cujos fundamentos não foram infirmados.
> 2. Para prosperar a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade.
> 3. Hipótese em que o pleito rescisório sugere indevida subordinação do juízo manifestado no acórdão rescindendo - que, após criterioso exame dos autos, afirma inexistir ofensa do aresto recorrido ao art. 535 do CPC - a julgado anterior que, acolhendo a nulidade suscitada, determinou o retorno dos autos à origem para novo julgamento.
> 4. Agravo regimental desprovido.
> (AgRg na AR 4.383/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, 2ª Seção, DJe 20/05/2011)
>
> AÇÃO RESCISÓRIA. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. INCISO V DO ART. 485 DO CPC. LITERAL OFENSA A DISPOSITIVO DE LEI. VIOLAÇÃO DIRETA E ABERRANTE NÃO CONFIGURADA. SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS. PODER EXECUTIVO. REAJUSTE DE 3,17%. CABIMENTO.
> 1. A ofensa a dispositivo de lei capaz de ensejar o ajuizamento da ação rescisória é aquela evidente, direta, aberrante, observada primo oculi, não a configurando a decisão rescindenda que se utiliza de uma dentre as interpretações possíveis ou de integração analógica.
> 2. É devido aos servidores públicos federais o resíduo de 3,17%, oriundo da diferença entre o índice de 22,07% (variação do IPC-r) e o percentual de 25,94%, estabelecido no art. 28 da Lei n.º 8.880/94, já que o § 5º do art. 29 não afastou este índice. Precedentes.
> 3. A exegese conferida pelo acórdão rescindendo aos arts. 28 e 29 da Lei n.º 8.880/91 - dispositivos legais apontados como violados - está em perfeita harmonia com o entendimento consolidado desta Corte Superior de Justiça, razão pela qual não merece prosperar a presente ação rescisória, fundada no art. 485, inciso V, do Código de Processo Civil.
> 4. Ação rescisória improcedente.
> (AR 1.735/AL, Rel. Ministra LAURITA VAZ, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 30/05/2011)
>
> AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. ARTIGO 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ENUNCIADO Nº 284 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL

> FEDERAL. ARTIGO 485, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DA LITERALIDADE DE LEI. INEXISTÊNCIA. ENUNCIADO Nº 343 DA SÚMULA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES.
> 1. A ausência de definição no que consistiu a alegada violação do artigo 535 do Código de Processo Civil inibe o conhecimento do recurso especial, pela incidência do enunciado nº 284 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.
> 2. "É cediço na Corte que 'para que a ação rescisória fundada no art. 485, V, do CPC, prospere, é necessário que a interpretação dada pelo decisum rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Se, ao contrário, o acórdão rescindendo elege uma dentre as interpretações cabíveis, ainda que não seja a melhor, a ação rescisória não merece vingar, sob pena de tornar-se 'recurso' ordinário com prazo de interposição de dois anos'." (AgRgAR nº 4.530/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, in DJe 26/10/2010).
> 3. "Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais." (Súmula do STF, Enunciado nº 343).
> 4. Agravo regimental improvido.
> (AgRg no REsp 1180131/SP, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, 1ª Turma, DJe 02/02/2011)

Revela-se a carência de ação do Município de Fortaleza quanto ao julgamento do pedido alternativo, esta representada na ausência de interesse processual, prevista no art. 267, VI, última figura, do CPC, identificada na conjunção necessidade do provimento jurisdicional versus adequação do provimento e do procedimento para a solução do litígio, considerando-se que a satisfação dos créditos fiscais, com as limitações contidas nas decisões rescidendas, poderia ter ocorrido administrativamente para posterior ajuizamento de execuções fiscais, mediante o decote das parcelas que foram julgadas inconstitucionais, tornando desnecessária a via rescisória para obter o provimento jurisdicional pretendido de forma alternativa.

Segundo lecionam Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

> Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Verifica-se o interesse processual quando o direito tiver sido ameaçado ou efetivamente violado (v.g., pelo inadimplemento da prestação e resistência do réu à pretensão do autor). De outra parte, o autor movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual.
> (*In:* Código de Processo Civil e Legislação Extravagante, 11ª edição, Editora Revista dos Tribunais. São Paulo: 2010, pg. 526)

Ex positis, julga-se improcedente o pedido rescisório quanto à manutenção

do IPTU progressivo e da cobrança cumulativa da TLP vertido na ação rescisória, extinguindo-se o processo sem análise do mérito no que pertine ao requesto alternativo, este último com fundamento no art. 267, VI, última figura, do Código de Processo Civil.

Reconhece-se a sucumbência única do autor, cabendo-lhe o pagamento de honorários advocatícios de forma equitativa, conforme preconiza o art. 20, §4º, do CPC, arbitrado em R$ 3.000,00 (três mil reais), isentando-o, por conseguinte, do pagamento das custas processuais.

É o como voto.

Fortaleza, 24 de abril de 2012.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

PROCESSO: 0001652-58.2012.8.06.0044 - APELAÇÃO
APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
APELADO: FRANCISCO ANTÔNIO GOMES DA SILVA
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 302, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. III E IV, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. HOMICÍDIO CULPOSO. AUSÊNCIA DE PROVAS A EMBASAR A CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. ABSOLVIÇÃO. INCONFORMISMO MINISTERIAL. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA.

1. A ausência de provas robustas e inequívocas para sustentar um juízo condenatório, conduz à absolvição do acusado.

2. Na hipótese, não há nos autos uma demonstração cristalina de forma a comprovar que o mesmo fora autor do crime culposo em tela, e assim, não havendo provas irrefutáveis acerca da autoria, restando dúvidas, milita em favor do acusado a presunção de inocência, consagrando-se o princípio "*in dubio pro reo"*. Irretocável, pois, a sentença absolutória.

3. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade e em dissonância com o parecer ministerial, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, buscando a reforma da sentença exarada nos autos da presente ação penal, que absolveu o réu Francisco Antônio Gomes da Silva das imputações feitas na denúncia, que deram-no como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 9.503/97.

Processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 236/240, publicada em 06.08.2012**,** absolvendo o réu, com respaldo no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, tendo em vista que não restou suficientemente comprovada a culpa do acusado, impondo-se, em consequência, sua absolvição.

Irresignado, o Ministério Público interpôs a presente apelação (fls. 243/252), alegando que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, uma vez que, a seu ver, as provas são inequívocas sobre a culpabilidade do réu, devendo o mesmo ser condenado nos termos do art. 302, parágrafo único, incisos III e IV, do Código de Trânsito Brasileiro.

Recebido e contrariado o recurso, a defesa manifestou-se pelo improvimento do apelo, pugnando pela manutenção da sentença absolutória (fls. 266/273).

Nesta Superior Instância, a Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pelo improvimento da apelação (fls. 287/295).

É o relatório.

VOTO

Conheço do recurso, posto que presentes os requisitos de sua admissibilidade.

Como relatado, trata-se de Apelação Criminal, interposta pelo Ministério Público, buscando a reforma da sentença exarada nos autos da presente ação penal, que absolveu o réu Francisco Antônio Gomes da Silva das imputações feitas na denúncia, que deram-no como incurso nas sanções do art. 302, parágrafo único, incisos III e IV, da Lei nº 9.503/97.

Processado o feito, sobreveio a sentença de fls. 236/240, publicada em 06.08.2012**,** absolvendo o réu, com respaldo no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, tendo em vista que não restou suficientemente comprovada a culpa do acusado, impondo-se, em consequência, sua absolvição.

Irresignado, o Ministério Público interpôs a presente apelação (fls. 243/252), alegando que a sentença de primeiro grau merece ser reformada, uma vez que, a seu ver, as provas são inequívocas sobre a culpabilidade do réu, devendo o mesmo ser condenado nos termos do art. 302, parágrafo único, incisos III e IV, do Código de Trânsito Brasileiro.

Narra a denúncia que no dia 15 de junho de 2008, o denunciado, no exercício da função de motorista da Prefeitura Municipal de Redenção, conduzindo o ônibus escolar de placas HUD3667, conduzindo 45 (quarenta e cinco) passageiros, na estrada estadual que liga Chorozinho e Barreira, teria começado a conduzir o veículo em ziguezague, momento em que levou o veículo a colidir com a bicicleta conduzida por José Antônio Rodrigues do Nascimento, que veio a óbito em decorrência das lesões sofridas. Acrescenta que o acusado deixou de prestar socorro à vítima.

O recurso não merece provimento, não sendo digna de qualquer censura a sentença monocrática, visto que se sustenta por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Das provas colhidas, a certeza que se extrai é a de que houve o atropelamento da vítima que, infelizmente, veio a falecer em decorrência das lesões.

Não há, contudo, prova suficiente de nexo causal entre a conduta do réu (conduzir o ônibus) e o evento danoso. Em outras palavras, não há comprovação segura

de que tenha sido, realmente, o veículo conduzido pelo réu o mesmo que atropelou a vítima.

Como bem salientou o magistrado, ao prolatar a sentença absolutória de fls. 236/240:

> [...]
> Da análise supra chega-se à conclusão de que os depoimentos testemunhais não formam um conjunto probatório íntegro e suficiente para impor ao réu uma condenação, principalmente quando se observa que as únicas testemunhas que presenciaram o atropelamento investigado nesta ação não convenceram este juízo da participação do ônibus pertencente ao Município de Redenção, guiado pelo réu, no sinistro que resultou na morte da vítima.
> Observe-se que essas testemunhas presenciais disseram que não dispunham de elementos de identificação do veículo atropelador, afirmando apenas que se tratava de um ônibus, vinda a saber por terceiros que tal ônibus era guiado pelo réu.
> Daí surge o seguinte questionamento: se as testemunhas oculares do fato não souberam identificar o veículo atropelador, como outras pessoas não identificadas poderiam ter identificado esse veículo? E se existe alguém que tenha visto o acidente e tivesse como identificar com precisão o ônibus atropelador, porque essa pessoa não foi identificada e ouvida?
> Portanto, dúvidas existem sobre as provas testemunhais, de modo que se revelam insuficientes para condenar o réu.
> E essas dúvidas se apresentam ainda mais latentes quando se analisa os depoimentos das outras testemunhas, principalmente as que eram transportadas no ônibus guiado pelo réu, que afirmaram em juízo que em nenhum momento observaram o réu conduzindo o ônibus em alta velocidade, fazendo manobras perigosas ou arriscadas, que tenham presenciado o réu consumindo bebidas alcoólicas ou que tenham notado qualquer anormalidade durante o percurso, como seria o atropelamento de uma pessoa.
> [...]

Agiu com acerto o magistrado. Analisou com acuidade todo o acervo probatório carreado aos autos, e percebeu, em conclusão, que persistiam muitas dúvidas acerca da autoria delitiva.

Com efeito, caracteriza-se o crime culposo por imprudência ou negligência, o fato de o agente proceder sem a necessária cautela, deixando de empregar as precauções indicadas pela experiência como capazes de prevenir possíveis resultados lesivos, e com sua conduta provocar o resultado danoso. Porém, não restou demonstrado no caso em questão, nem a imprudência ou negligência por um lado, muito menos o nexo causal por outro, não podendo, portanto, ser ao réu imputado um fato duvidoso.

Saliento que, em crimes culposos, a culpa e o nexo causal não podem ser presumidos, demandando comprovação segura e irrefutável, o que não ocorreu no caso em tela.

Nesse sentido é o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÂNSITO - ACIDENTE - CULPA PELO EVENTO DÚVIDAS - AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL - CONDENAÇÃO ALMEJADA POR CONTA DE MERAS PRESUNÇÕES - IMPOSSIBILIDADE - ÔNUS DA PROVA DA ACUSAÇÃO - PRESCRIÇÃO INOCORRÊNCIA - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. **Inexistindo provas que apontem, com a necessária certeza, a responsabilidade do denunciado no fatídico acidente que culminou com a morte da vítima, impõe-se manter a decisão absolutória, esta amparada no princípio do 'in dúbio pro reo', já que em direito penal, a dúvida é sempre interpretada em seu favor.** Recurso desprovido.
> (Apelação Criminal n° 1.0431.03.004568-3/001 - Relator: Des. Delmival de Almeida Campos; Julgado em 27.10.2009; Publicado em 20.11.2009) Grifo nosso.

Na mesma linha de entendimento, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

> EMENTA: APELAÇÃO CRIME. TRÂNSITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ART. 302, *CAPUT*, DA LEI Nº 9503/97.APELAÇÕES. 1. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTERESSE. AUSÊNCIA. NÃO-CONHECIMENTO. O recurso do assistente da acusação tem caráter supletivo, não havendo interesse quando o Ministério Público manejou recurso com o mesmo objeto. 2. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. *IN DUBIO PRO REO*. ART. 386, VI, DO CPP. APELO PROVIDO. **A condenação do réu exige prova robusta da autoria do fato delituoso que lhe é imputado. Remanescendo dúvida, impõe-se a absolvição, com fundamento no art. 386, VI, do CPP.** 3. SENTENÇA OMISSÃO QUANTO AO FUNDAMENTO LEGAL DA ABSOLVIÇÃO. CORREÇÃO DE OFÍCIO. 4. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. CULPA CARACTERIZADA. Deve ser mantida a condenação do réu que, em evidente violação ao dever de cuidado que lhe era exigido, conduzia veículo de carga de forma desatenciosa e sem observar a distância regulamentar de segurança, vindo a colidir na parte traseira do caminhão que trafegava a sua frente, na mesma via, invadindo, na sequência, a pista contrária, atingindo o veículo em que viajavam as vítimas fatais.
> (Apelação Crime Nº 70010355634, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 31/03/2005) Grifo nosso.

Assim, é de se concluir que, por não haver qualquer demonstração nos autos de que o recorrido tenha desatendido a obrigação de diligência circunscrita ao razoavelmente previsível, e com sua conduta tenha causado a morte da vítima, a

absolvição é medida que se impõe, consagrando-se o princípio *in dubio pro reo*. Acertada, pois, a decisão do magistrado singular.

EM FACE DO EXPOSTO,

Conheço do apelo, para negar-lhe provimento, em dissonância com o parecer ministerial, mantendo intacta a sentença recorrida, nos termos em que foi proferida.

É como voto.

Fortaleza, 5 de novembro de 2013

PROCESSO: 0003170-05.2005.8.06.0117 - APELAÇÃO
APELANTE: EUSÉLIA CHAGAS LEITÃO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. PAULO CAMELO TIMBÓ

EMENTA - APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE (ART. 12 DA LEI 6.368/76) – PLEITO OBJETIVANDO A ABSOLVIÇÃO SOB O ARGUMENTO DE TER AGIDO MEDIANTE COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL – EXCLUDENTE NÃO COMPROVADA – CONDENAÇÃO MANTIDA EM TODOS OS SEUS TERMOS – RECURSO IMPROVIDO.

1. Para o acolhimento da tese arguida, faz-se necessária, fundamentalmente, a constatação irrefragável da coação sofrida.

2. Embora a apelante, ré confessa, aduza em sua defesa a excludente da coação irresistível, nem de longe logrou êxito em comprovar sua tese, restando unicamente sua palavra de que fora coagida a assim proceder.

3. Apelo improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal, ACORDAM os desembargadores da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, unanimidade, CONHECER do recurso interposto, porém para NEGAR-LHE PROVIMENTO, tudo em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Fortaleza, CE, 5 de novembro de 2013.

RELATÓRIO

O Ministério Público ofereceu denúncia contra EUSÉLIA CHAGAS LEITÃO, devidamente qualificada na *exordial*, pela prática do delito previsto no art. 12, *caput* c/c art. 18, IV da Lei 6.368/76.

Denúncia recebida em 12.09.2007, fl. 74.

Finda a instrução do feito sobreveio aos autos sentença de fls. 106/110 dos autos, esta datada de 23.04.2010 e publicada em 26.04.2010, condenando a ré a

uma pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto.

Apelação da ré pugnando por sua absolvição às fls. 118/124 .

Contrarrazões do representante do Ministério Público às fls. 131/134.

Instada a manifestar-se, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pelo conhecimento, porém, improvimento do recurso interposto.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório.

VOTO

PAULO CAMELO TIMBÓ (RELATOR): O recurso merece ser conhecido por preenchimento dos seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos, sendo tempestivo e adequado à espécie.

Condenada à pena mínima legal de 3 (três) anos, esta posteriormente diminuída em 6 (seis) meses e tornada definitiva em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, ante a aplicabilidade da atenuante da confissão, interpôs a ré o presente apelo sustentando, em apertada síntese, que cometera referido delito sob forte coação moral e irresistível, a fim de evitar que seu irmão presidiário, recluso na referida instituição, perdesse a vida, já que vinha sendo ameaçado por outros detentos na cadeia, tornando assim inexistente a culpabilidade da mesma, momento em que pleiteia por sua absolvição.

Sem razão a apelante quanto à sua irresignação. Explico:

A materialidade delitiva é inequívoca, restando sobejamente comprovada pelo auto de apresentação e apreensão (fl. 17), Laudo Toxicológico (fl. 18) e Laudo Pericial (fl. 70).

Quanto à autoria, os elementos de convicção estão, de forma segura, responsabilizando-a, também, pelo evento delitivo, tendo a mesma, inclusive, confessado referido crime.

A tese de que o delito foi praticado sob coação moral irresistível (ameaça de morte ao irmão custodiado) não restou demonstrada nos autos, já que ausente prova concreta da existência de ato coator e da inevitabilidade e insuperabilidade de suposta ameaça de dano grave e atual à seu familiar, não servindo as meras alegações da defesa, desacompanhadas de outros elementos de convicção, para caracterizar a causa de exclusão de culpabilidade prevista no art. 22 do Código Penal.

Como sabido, a coação moral irresistível, por ser causa de exclusão da culpabilidade, inverte o ônus da prova para aquele que alega, de acordo com o que estabelece o art. 156 do CPP.

A propósito:

APELAÇÃO CRIME - TRÁFICO DE DROGAS ENVOLVENDO

> ADOLESCENTE (ART. 33, 'CAPUT' C/C ART. 40, VI, AMBOS DA DA LEI 11.343/06)- NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DE QUE A INCONTROVERSA CONDUTA TÍPICA ESTÁ JUSTIFICADA PELO ESTADO DE NECESSIDADE (ART. 23, I, CP) OU EXCULPADA PELA COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL (ART. 22, CP)- AUSÊNCIA DE PROVAS - ÔNUS QUE IMCUMBIRIA À DEFESA - PENA REDUZIDA DE OFÍCIO - EXCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCAIS JUDICIAIS VALORADAS NEGATIVAMENTE POR FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA - RECURSO NÃO PROVIDO, COM ALTERAÇÕES DE OFÍCIO. "A existência de causa geradora de possível excludente, seja de ilicitude (estado de necessidade) ou de culpabilidade (inexigibilidade de conduta diversa), se constitui em ônus probatório exclusivo da defesa, uma vez o motivo dirimente deve ser analisado a partir de circunstâncias objetivas." (TJPR - 4ª Câmara Criminal. ApCrim 825.802-6, rel. Miguel Pessoa, julg. 01/03/2012).
> (TJ-PR 8990883 PR 899088-3 (Acórdão), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 08/11/2012, 3ª Câmara Criminal)

Desta feita, embora a apelante, ré confessa, aduza em sua defesa a excludente da coação irresistível, nem de longe logrou êxito em comprovar sua tese, restando unicamente sua palavra de que fora coagido a assim proceder.

Como razão desta feita o douto juiz *a quo* quando assim manifestou-se:

> "...À exceção das próprias palavras da requerida, não há prova de que o irmão da ré estivesse sendo ameaçado ou correndo risco de vida. Saliente-se que, mesmo após a ré ser presa e a droga ser apreendida e, portanto, perdida, o parente continuou "vivo e bulindo", como se diz no popular. Não morreu e, pelo que se conclui, não encontrou outra parente infeliz para se prestar a tal vexame. Saliente-se que esta desculpa é um padrão para todas as mulheres que são presas em flagrante em igual situação. O chavão é encontrado nas pilhas de processos em que figuram como rés as mulheres ligadas a presos, sejam mães, irmãs, filhas ou companheiras. As estatísticas atestam este fato e, caso esta hipótese fosse aceita e virasse um precedente jurisprudencial, veríamos em "exército" de mulas desgraçadas se prestando à humilhação e ao vexame de ingressar em presídios com entorpecente. Tal situação é inaceitável".

Fiel a essas considerações e a tudo mais que dos autos consta, voto no sentido de CONHECER do recurso interposto, porém para NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo o *decisum* vergastado em seus integrais termos.

É como voto.

Fortaleza, 5 de novembro de 2013

PROCESSO: 0001342-18.2007.8.06.0112– APELAÇÃO
APELANTE: FRANCISCO GILSON COELHO DE LIMA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO CRIME. PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA. Havendo o trânsito em julgado para a acusação, forçoso reconhecer, *ex offício*, a extinção da pretensão punitiva do Estado por ter sido esta alcançada pelo instituto da prescrição retroativa da pretensão punitiva, ocorrida entre o recebimento da denúncia e data da publicação da sentença penal condenatória, declarando, consequentemente, extinta a punibilidade do réu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação, 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 presente recurso apelatório, para, reconhecendo *ex offício* a prescrição da pretensão punitiva do Estado, declarar extinta a punibilidade do réu, nos termos do voto do relator.

Fortaleza, 4 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

O apelante sobrenomeado insurge-se contra sentença que o condenou a 1 (um) ano de detenção, e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito, como incurso nas tenazes do art. 306, do Código de Trânsito Brasileiro.

Sem negar o fato punível, pleiteia a sua absolvição ante a total ausência de provas da materialidade delitiva.

A Promotoria, no revide, propugna pelo provimento do apelo.

Ouvida, a PGJ é pelo provimento do recurso

Relatório, em síntese.

Peço data para julgamento.

VOTO

Recurso que preenche as condições de admissibilidade, ensejando o seu

conhecimento.

Precedente ao exame das questões de mérito relacionadas ao apelo, deve-se enfrentar e decidir acerca de questão de ordem pública relacionada à ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Observa-se que a denúncia foi recebida em 30 de novembro de 2007, fl. 67, e a sentença que condenou o réu à pena definitiva de 1 (um) ano de detenção, fls. 123/127, foi publicada e registrada em 16/05/2012.

Assim, havendo o trânsito em julgado para a acusação e transcorrido mais de três anos entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença penal condenatória, é de se reconhecer a extinção da pretensão punitiva do Estado por ter sido esta alcançada pelo instituto da prescrição retroativa, uma vez que o prazo prescricional calculado em função da pena concreta (um ano), é de três anos (art. 109, VI do CP).

Dessa forma, concluímos que, decorrido tal prazo, não há mais interesse estatal na punição do fato delituoso, tornando-se imperativa a decretação da extinção da punibilidade.

Conforme jurisprudência dos Tribunais Pátrios, uma vez reconhecida a prescrição da pretensão punitiva, fica prejudicado o exame do mérito da causa, devendo, portanto, ser preliminarmente decretada a extinção da punibilidade do agente criminoso.

Assim, diante dos fundamentos expendidos, e em obediência aos artigos 109, inciso VI e 110 § 1º do Código Penal, conheço do presente recurso apelatório, para, reconhecendo *ex officio* a prescrição da pretensão punitiva do Estado, declarar extinta a punibilidade do réu.

É como voto.

Fortaleza, 04 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 1974-61.2011.8.06.0061 – CARNAUBAL
APELANTE: LUIZITO AMARAL DA SILVA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO AO ART. 129, § 2º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECURSO DA DEFESA. ALEGAÇÃO DE LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DO REQUISITO DA INJUSTA AGRESSÃO DA VÍTIMA. RÉU QUE DEU INÍCIO À PROVOCAÇÃO VERBAL E À AÇÃO FÍSICA QUE CULMINARAM COM AS LESÕES NA VÍTIMA. SUBSTRATO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DÁ ESTEIO À SENTENÇA CONDENATÓRIA. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA LESÃO CORPORAL SIMPLES. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE DELITIVA ATESTADA POR VÁRIOS LAUDOS MÉDICOS. IDONEIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Com relação à materialidade do delito, malgrado o recorrente alegue não haver comprovação de que a lesão sofrida pela vítima se amolda a qualquer das hipóteses previstas no art. 129, § 2º, do CP, sobejam nos fólios documentos subscritos por médicos que evidenciam a gravidade do ferimento causado no ofendido, com destaque para : 1) o auto de exame de corpo de delito de fl. 44, no qual se responde positivamente ao quesito sobre ter resultado no examinado incapacidade permanente para o trabalho ou enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função ou deformidade permanente; e 2) o relatório médico de fl. 81, em que se conclui que: "É digno de nota que a recuperação destas lesões nunca atingem (sic) resultado final máximo. Haverá, portanto, sempre um determinado grau de paresia para os movimentos dos referidos nervos". O conteúdo dos laudos retrocitados revela, com a devida segurança, estar configurada *in casu* a materialidade delitiva.

2. Pelo que revela o conjunto probatório constante dos fólios, a versão sustentada pelo apelante mostra-se isolada e em dissonância com os demais meios de prova produzidos, os quais não pontificam nenhuma postura ameaçadora

por parte da vítima, mas, ao contrário, assinalam o *animus* hostil do réu/recorrente para com aquela, não encontrando guarida em nosso ordenamento jurídico atitudes irascíveis e encolerizadas, desprovidas de motivação bastante para justificá-las, conforme se constata na espécie. Ressalte-se que, segundo os testemunhos transcritos, o incidente de que resultaram as lesões na vítima irrompeu por ação do apelante, primeiramente por rechaçar ofensivamente o cumprimento do ofendido, e, depois, por, efetivamente, ter tomado a iniciativa da agressão física, panorama incompatível com a tese de legítima defesa da qual lançou mão para justificar sua conduta, haja vista faltar à hipótese o indispensável requisito da injusta agressão para que restasse configurada a referida excludente de antijuridicidade.

3. Melhor sorte não assiste à defesa ao pugnar, subsidiariamente, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4º, do CPP, porquanto, de igual modo, ausente o requisito da "injusta provocação da vítima", preconizado no dispositivo.

4. Recurso improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 1974-61.2011.8.06.0061, da Comarca de Carnaubal, em que é apelante Luizito Amaral da Silva, e apelado o Ministério Público do Estado do Ceará.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso interposto, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Cogita-se de recuso apelatório interposto por Luizito Amaral da Silva contra a sentença do Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Carnaubal, que o julgou incurso nas sanções do art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal brasileiro, aplicando-lhe a pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto.

Alega o recorrente em suas razões que a prova testemunhal da acusação é precária, faltando, igualmente, comprovação técnica e legal de que a suposta vítima sofreu perigo de vida ou de que a lesão resultou incapacidade permanente para o trabalho ou enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função.

Argumenta que não houve crime algum, porquanto agiu sob o manto da legítima defesa. Subsidiariamente, aduz que sua ação encontra o amparo da causa de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4º, do CPP. Requer seja reformada a decisão de primeira instância, absolvendo-o da imputação, ou, de forma secundária, seja desclassificado o delito para a forma simples (art. 129, *caput,* do CP) (fls. 193/202).

Contrarrazoando o apelo, o *Parquet* estadual pugna por seu improvimento (fls. 213/219).

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo improvimento do recurso (fls. 221/223).

É o que importa relatar.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do vertente apelo, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta Segunda Instância.

Consoante argumenta a defesa técnica do recorrente, este agiu amparado pela excludente de ilicitude da legítima defesa própria no episódio que ocasionou a lesão corporal na vítima, inexistindo, outrossim, comprovação técnica de que referida lesão se enquadra em alguma das hipótese constantes do art. 129, § 2º, do CP.

A autoria do fato é admitida pelo apelante em seus interrogatórios no inquérito policial e em juízo, arguindo, no entanto, que agiu em legítima defesa própria, após a vítima desferir-lhe um soco no rosto.

Com relação à materialidade do delito, malgrado o recorrente alegue não haver comprovação de que a lesão sofrida pela vítima se amolda a qualquer das hipóteses previstas no art. 129, § 2º, do CP, sobejam nos fólios documentos subscritos por médicos que evidenciam a gravidade do ferimento causado no ofendido, com destaque para as seguintes peças: 1) o auto de exame de corpo de delito de fl. 44, no qual se responde positivamente ao quesito sobre ter resultado no examinado incapacidade permanente para o trabalho ou enfermidade incurável ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função ou deformidade permanente; e 2) o relatório médico de fl. 81, em que se conclui que: "É digno de nota que a recuperação destas lesões nunca atingem (sic) resultado final máximo. Haverá, portanto, sempre um determinado grau de paresia para os movimentos dos referidos nervos". O conteúdo dos laudos retrocitados revela, com a devida segurança, estar configurada *in casu* a materialidade delitiva.

A respeito das circunstâncias em que ocorreu o sinistro, vejamos o que exsurge dos elementos de prova coligidos ao caderno processual, notadamente no que concerne às testemunhas oculares do evento:

Evandro Gonçalves de Melo, proprietário do bar onde os fatos sucederam, depôs em juízo conforme transcrito abaixo:

> "[...] que por volta das dezenove horas daquele dia chegou no bar o Sr.

> Firmeza, cumprimentando todos os presentes pela passagem do ano novo; que quando o Sr. Firmeza foi cumprimentar o acusado, este se manifestou afirmando que não desejava ser cumprimentado; **que naquele momento o Sr. Firmeza afirmou para o acusado, calmamente, que estava na hora de resolverem as pendências existentes entre eles; que nessa hora não percebeu nenhum tom agressivo por parte do Sr. Firmeza**; que havia três garrafas de cervela na mesa e, no momento da confusão, consegui recolher apenas duas das garrafas; **que a garrafa que sobrou na mesa foi quebrada pelo acusado e, a partir de então, com o gargalo da garrafa o acusado passou a atacar o seu Firmeza; que ao ser atacado, o Sr. Firmeza apenas levantou os braços, sendo atingido no braço esquerdo; que após o golpe, acusado e vítima se atracaram e passaram a travar luta corporal**; […] **que o Sr. Firmeza em momento algum ofendeu o acusado**; […] que ao ser recusado o seu cumprimento por parte do acusado, o Sr. Firmeza disse o seguinte: "rapaz isso é muito chato vamos resolver isso hoje", palavras ditas pelo Sr. Firmeza após ter jogado a chave do carro em cima da mesa; **que imediatamente após esse diálogo o acusado quebrou a garrafa e passou a agredir o Sr. Firmeza; que não houve o desferimento de socos por parte do Sr. Firmeza, inicialmente, uma vez que a luta corporal deu-se após o Sr. Firmeza ter sido lesionado**; [...]" (fls. 89/90 – grifos nossos).

Eliane Antônio Erivaldo Rodrigues, também presente no sítio do crime, afirmou como segue:

> "[...] que nesse momento adentrou no bar o Sr. Firmeza que cumprimentava a todos pela passagem do ano novo; **que o Sr. Firmeza ao se dirigir ao acusado, estendendo-lhe a mão, o acusado recusou o cumprimento afirmando que o Sr. Firmeza era covarde; que nesse momento o Sr. Firmeza afirmou que era hora de resolver aquilo; que os ânimos em seguida se exaltaram e passou a haver um discussão entre ambos; que logo a seguir o acusado quebrou uma garrafa e ficou com o gargalo na mão**; que imediatamente se retirou do local porque estava com uma criança, temerosa do que viesse acontecer, embora, não acreditasse que pudesse acontecer o que aconteceu; […] **que até onde presenciou o fato não viu o Sr. Firmeza agredir fisicamente o acusado**; [...]" (fl. 91).

A testemunha Weliton Alves Fontenele relatou os fatos nos termos seguintes:

> "[...] que Firmeza passou na rua e parou o seu veículo em frente ao bar, com a intenção de cumprimentar o depoente; **que Luizito já reclamou da aproximação de Firmeza, sendo que a vítima estendeu a mão para cumprimentar Luizito; que Luizito disse que "não apertava a mão de covarde"; que Firmeza ainda tentou argumentar que era virada do ano e poderiam esquecer as desavenças do passado, iniciando uma nova relação; que o desentendimento foi se acirrando até que Luizito empurrou a vítima falando para que fosse embora; que Firmeza não**

> **enxerga bem de uma vista e mesmo assim tentou revidar com um soco; que Luizito quebrou uma garrafa e ficou com o gargalo na mão para agredir Firmeza**; que o depoente se levantou e tentou apaziguar a situação, no que não teve sucesso; **que Luizito chegou a atingir Firmeza com o gargalo em seu braço esquerdo;** […] **que confirma que a agressão física foi iniciada por Luizito** [...]" (fls. 127/128 – grifos nossos).

A vítima declarou judicialmente que:

> "[...] estacionou o seu carro em frente ao bar do Evandro com o objetivo de falar com o seu amigo Wellington, recém-chegado do rio de janeiro (sic); que ao adentrar no bar, percebeu a presença, até então não percebida, do acusado que estava na mesma mesa com o Wellington; que na mesa havia algumas garrafas de cerveja, que estavam sendo consumidas pelos presentes; **que cumprimentou todos os presentes, até porque era um período de confraternização, e ao se dirigir ao acusado desejou a ele feliz ano novo e ao estender a mão para ele, foi logo ouvindo as seguintes palavras pronunciadas pelo acusado: "eu não pego em mão de covarde", e em seguida, quebrou uma garrafa de cerveja e com o seu gargalho (sic) passou a atacar o declarante; que o acusado conseguiu lecionar o declarante na primeira investida; que o declarante foi atingido logo no braço esquerdo, que atribui ter sido lesionado no braço esquerdo pelo fato de que quando percebeu que o acusado ia lhe agredir fisicamente, levantou os braços para se defender;** […] **que já se submeteu a três cirurgias e continua padecendo em decorrência da lesão sofrida; que perdeu até o movimento do braço esquerdo**; [...]" (fls. 87/88 – grifos nossos).

O recorrente, por ocasião de seu interrogatório judicial, apresentou versão segundo a qual a vítima teria se expressado de forma ríspida em razão de o apelante não querer falar com ela, azo em que "foi logo desferindo um soco no rosto do interrogando". Como decorrência da briga, o recorrente quebrou uma garrafa na parede, e, com o gargalo, desferiu um golpe no braço esquerdo do ofendido no intuito de se defender.

As testemunhas de defesa relacionadas não presenciaram o fato narrado na denúncia, nada acrescentando de relevante para a sua elucidação.

Pois bem. Pelo que revela o conjunto probatório constante dos fólios, a versão sustentada pelo apelante mostra-se isolada e em dissonância com os demais meios de prova produzidos, os quais não pontificam nenhuma postura ameaçadora por parte da vítima, mas, ao contrário, assinalam o *animus* hostil do réu/recorrente para com aquela, não encontrando guarida em nosso ordenamento jurídico atitudes irascíveis e encolerizadas, desprovidas de motivação bastante para justificá-las, conforme se constata na espécie.

Ressalte-se que, segundo os testemunhos transcritos, o incidente de que resultaram as lesões na vítima irrompeu por ação do apelante, primeiramente por rechaçar ofensivamente o cumprimento do ofendido, e, depois, por, efetivamente, ter

tomado a iniciativa da agressão física, panorama incompatível com a tese de legítima defesa da qual lançou mão para justificar sua conduta, haja vista faltar à hipótese o indispensável requisito da injusta agressão para que restasse configurada a referida excludente de antijuridicidade.

Sobre o tema, Rogério Greco ensina que:

> "Pela simples leitura do art. 25 do Código Penal verifica-se a total impossibilidade de ocorrer a chamada legítima defesa recíproca (autêntica *versus* autêntica). Isso porque as duas agressões são injustas, não se cogitando, nessa hipótese, em legítima defesa, pois ambas as condutas são contrárias ao ordenamento jurídico. Somente poderá ser aventada a hipótese de legítima defesa se um dos agentes agredir injustamente o outro, abrindo-se ao ofendido a possibilidade de defender-se legitimamente."[1]

Na mesma direção é a doutrina de Ricardo Antônio Andreucci, que, ao discorrer sobre legítima defesa recíproca, leciona que: "É aquela que ocorre quando não há injusta agressão a ser repelida, uma vez que a conduta inicial do agente é ilícita. É a hipótese de *legítima defesa contra legítima defesa,* que não é admitida no nosso ordenamento jurídico."[2]

A jurisprudência pátria perfilha idêntica orientação, senão vejamos:

> **TJPR** – APELAÇÃO CRIME. LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. SUFICIÊNCIA DAS PROVAS COLHIDAS PARA ENSEJAR A CONDENAÇÃO. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE DA **LEGÍTIMA DEFESA NÃO COMPROVADA. REQUISITOS DO ART. 25 DO CP NÃO VERIFICADOS. RÉU QUE AGIU COMO AGENTE PROVOCADOR.** RECURSO DESPROVIDO.25 CP
> 1. Revelando o conjunto probatório que o acusado não agiu amparado pela legitima defesa, não há como reconhecer a excludente de ilicitude.
> 2. **Atuando o réu como agente provocador do evento não se justifica a legítima defesa.** (Grifos nossos).
> (ApCrim. 7112210 PR 0711221-0 - 1ª Câmara Criminal, Relator: Macedo Pacheco, Julgamento: 20/01/2011).

> **TJMS** - APELAÇÃO CRIMINAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LESÃO CORPORAL - PRELIMINAR DE NULIDADE POR FALTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - REJEITADA - EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL - MÉRITO - ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS - DESCABIMENTO - CONJUNTO PROBATÓRIO SEGURO - FIRME PALAVRA DA VÍTIMA

1 GRECO, Rogério. **Código penal comentado**. 5. ed. Niterói: Impetus, 2011, p. 75.

2 ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de direito penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

CORROBORADA POR TESTEMUNHOS - **RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DA LEGITIMA DEFESA - IMPOSSIBILDADE - INEXISTÊNCIA DE REAÇÃO À INJUSTA AGRESSÃO** - PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPROPRIA - INAPLICABILIDADE - PECULIARIDADES DO FATO - NOCIVIDADE DA CONDUTA - RECURSO IMPROVIDO.
I – [*Omissis*]. II -[*Omissis*].
III -**Impossível acolher a tese da excludente da legitima defesa se, pelas provas colhidas nos autos, resta claro que a agressão partiu do próprio agente, dando início à prática delitiva.** No caso, após ingerir bebida alcoólica, o réu iniciou acalorada discussão com sua esposa, investindo contra a mesma portando duas facas, ocasião em que a vítima, sua filha, interveio, vindo em decorrência disso a ser lesionada em uma das mãos.
IV -[*Omissis*].
V -Recurso improvido, com o parecer. (Grifos nossos).
(ACR 13961 MS 2012.013961-4 - 1ª Câmara Criminal, Relator: Francisco Gerardo de Sousa, Julgamento: 11/06/2012).

TJPE - PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TENTATIVA DE ROUBO QUALIFICADO E LESÃO CORPORAL LEVE. MATERIALIDADE COMPROVADA. ROBUSTO ACERVO DE PROVAS MATERIAIS E DEPONENCIAIS APONTAM O APELANTE COMO SENDO O AUTOR DOS CRIMES DESCRITOS NA DENÚNCIA. EM TERMOS DE PROVA CONVINCENTE, A PALAVRA DA VÍTIMA PREPONDERA SOBRE A DO RÉU. ALEGAÇÃO DE QUE O RÉU AGIU EM LEGÍTIMA DEFESA PRÓPRIA AO AGREDIR O OFENDIDO. IMPROCEDÊNCIA. NÃO **CONFIGURA LEGÍTIMA DEFESA A AÇÃO DO AGENTE QUE, AO PRATICAR UM CRIME, AGRIDE A VÍTIMA QUE REAGE À SUA INVESTIDA.** A DEFESA NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR O ALEGADO. EXEGESE DO ART. 156 DO CPP. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. CORREÇÃO NA DOSIMETRIA DA REPRIMENDA APENAS PARA AFASTAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA INSCRITA NO ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL DO *QUANTUM* RELATIVO AO CRIME DE LESÃO CORPORAL LEVE. PENA REDIMENSIONADA PARA 06 (SEIS) MESES DE DETENÇAO EM RELAÇÃO AO DELITO TIPIFICADO NO ART. 129, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. APELO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL À UNANIMIDADE DE VOTOS.
1. [*Omissis*]. 2. [*Omissis*].
3. **Alegação defensiva de que o réu, ao agredir a vítima, assim agiu sob o palio da legítima defesa própria. Para a caracterização da excludente de ilicitude da legítima defesa, é necessário que preexista uma agressão injusta, ou seja, contrária ao ordenamento jurídico.** A reação da vítima ao ser abordada pelo recorrente, à toda evidência, não configura uma reação injusta, uma vez que amparada pelo ordenamento jurídico, posto que foi o ofendido que agiu sob o manto da referida excludente de antijuridicidade.
4. [*Omissis*]. 5. [*Omissis*]. 6. [*Omissis*]. 7.[*Omissis*]. (Grifos nossos).
(ApCrim. 0009341-08.2009.8.17.0480 - 4ª Câmara Criminal, Relator: Gustavo Augusto Rodrigues De Lima, Julgamento: 24/07/2012)

Melhor sorte não assiste à defesa ao pugnar, subsidiariamente, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 129, § 4º, do CPP, porquanto, de igual modo, ausente o requisito da "injusta provocação da vítima", preconizado no dispositivo.

Ex positis, diante da inviabilidade do acolhimento da tese de legítima defesa, e, bem assim, da desclassificação do delito para sua forma simples, nego provimento ao recurso apelatório, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 27 de maio de 2013.

APELAÇÃO N°: 20272-66.2006.8.06.0000/1
COMARCA: FORTALEZA/CE
JUÍZO ORIGINÁRIO: 2ª VARA DO JÚRI DA COMARCA DE FORTALEZA
RECORRENTE(S): MINISTÉRIO PÚBLICO, NADIANA BEZERRA LIMA
MAURÍCIO RODRIGUES DA SILVA
RECORRIDO(S): NADIANA BEZERRA LIMA, MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATORA: DESª FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

APELAÇÃO. PENAL. PROCESSO PENAL. ART. 121, *CAPUT*, E ART. 121, §2º, I E IV, TODOS DO CPB. PRONÚNCIA DE AMBOS OS AGENTES POR HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. CONDENAÇÃO DO PRIMEIRO POR HOMICÍDIO SIMPLES E DO SEGUNDO POR HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. RECURSOS DEFENSIVOS. QUANTO AO PRIMEIRO AGENTE. TESE NEGATIVA DE AUTORIA. QUANTO AO SEGUNDO, LEGÍTIMA DEFESA. INADMISSIBILIDADE DE AMBAS AS TESES. INEXISTÊNCIA DE PROVA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À DECISÃO QUANTO AO JUÍZO DE CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. PEDIDOS ALTERNATIVOS DE REDUÇÃO DE REPRIMENDAS. DESCABIMENTO. OBSERVADAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE AUTORIZAM FIXAÇÃO DE PENA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO PREVISTO EM LEI. CORRETA OBSERVAÇÃO DO SISTEMA TRIFÁSICO. OBEDECIDOS OS PRECEITOS DO ART. 68 DO CPB. 2. INSURGÊNCIA MINISTERIAL CONTRA A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO OPERADA EM RELAÇÃO AO PRIMEIRO AGENTE. CABIMENTO. EXISTÊNCIA DE PROVA MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À DECISÃO COLEGIADA POPULAR, PELA QUAL SE AFASTARAM AS QUALIFICADORAS INDICADAS NA PRONÚNCIA. Recursos conhecidos, desprovidos os interpostos pelos réus e provido o manejado pelo Ministério Público.

1.A alegação de que a decisão do Conselho de Sentença se apresenta manifestamente contrária à prova dos autos exige

inconteste e irrefutável contrariedade entre seu teor e o contexto probatório.
2. *In casu*, depreende-se da análise do feito que o Conselho de Sentença, quando acolheu a tese da Promotoria de Justiça, quanto ao pedido de condenação, optou pela versão mais verossímil debatida em plenário, não havendo como se reconhecer que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, para se acolherem as teses de negativa de autoria e de legítima defesa, inclusive quanto a essa porque ausentes os seus elementos integrativos.
3. Assim, não pode o Órgão *ad quem* substituir-se ao Conselho de Sentença para anular a decisão proferida pela Corte Colegiada Popular, ante a inexistência de prova manifestamente contrária, sob pena de suprimir-se do Tribunal do Júri a competência originária que lhe é conferida constitucionalmente, cujas decisões se encontram sob o manto inafastável da soberania dos veredictos, motivo pelo qual deve ser mantida por seus fundamentos.
4. Infere-se dos autos, no entanto, a existência de prova manifestamente contrária à decisão, no que diz respeito ao afastamento, em favor do primeiro agente, das qualificadoras previstas no art. 121, § 2º, I e IV, razão por que, excepcionalizando-se o princípio constitucional da soberania dos veredictos, anula-se a decisão colegiada, determinando-se a sua submissão a novo julgamento pelo Conselho de Sentença.
5. Recursos conhecidos. Desprovidos os interpostos pelos réus e provido o manejado pela Promotoria Pública.

ACÓRDÃO

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos nº 20272-66.2006.8.06.0000/1, em que foram interpostos recursos de apelação pela Promotoria Pública e em favor de ambos os réus contra sentença proferida pelo Tribunal da 2ª Vara do Júri de Fortaleza, pela qual restaram condenados Nadiana Bezerra Lima e Maurício Rodrigues da Silva.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, em conhecer dos recursos para dar provimento ao interposto pelo Ministério Público e declarar nula a decisão do Conselho de Sentença, determinando, assim, a submissão de Nadiana Bezerra Lima a novo júri popular, e negar provimento aos recursos interpostos por ambos os réus.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço das apelações ora postas em mesa.

Com já afirmado, trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pelos réus Nadiana Bezerra Lima e Maurício Rodrigues da Silva, contra sentença pela qual restaram condenados, a primeira pelo crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro ao cumprimento de sete anos de reclusão em regime inicialmente semiaberto, e o segundo pelo crime previsto no art. 121, §2º, I e IV, ao cumprimento de treze anos de reclusão em regime inicialmente fechado.

Insurgiram-se os apelantes nos termos do art. 593, III, "d", do Código de Processo Penal. Em razões recursais, o Ministério Público manifesta-se contra o fato de a condenação de Nadiana Bezerra Lima se haver dado por crime de homicídio simples, operada a desclassificação com a exclusão das qualificadoras atinentes ao motivo torpe e ao recurso que impossibilitou a defesa da vítima. Já Nadiana oferta a tese negativa de autoria, e, alternativamente, pleiteia a redução da reprimenda imposta. Também Maurício Rodrigues da Silva pleiteia a submissão a novo Júri, dizendo haver agido sob o manto da excludente da legítima defesa de terceiro e, da mesma forma, a redução da reprimenda imposta.

Inicialmente vê-se que a tese negativa de autoria apresentada por Nadiana Bezerra Lima não encontra respaldo nos autos. Explico.

A argumentação formulada por Nadiana Bezerra Lima – no sentido de que a decisão condenatória é manifestamente contrária à prova dos autos – não encontra qualquer guarida no caderno processual, a teor da prova testemunhal coletada e da confissão por ela levada a efeito perante a autoridade policial e em Juízo, muito embora tenha ela se retratado, quando ouvida por ocasião da sessão plenária do júri. Colaciono trechos das peças que instruem os autos:

Interrogatório de Nadiana, fl. 131/134:

> "Que praticou o fato para se defender; que a interrogada e seu esposo saíram e foram para o frotinha da Parangaba a fim de tratar um tumor de seu esposo; que no frotinha não foi resolvida e foram para o IJF, Centro, que disseram que no frotão também não tratava de tumor e chegaram em casa por volta de 1:00 hora da madrugada; que o esposo da interroganda, o Maurício logo sai de casa indo comprar a janta; que Maurício saiu por volta de 01:15 horas; que a vítima estava bebendo só de cueca, como era de costume, que foi para o quarto, trancou a porta e foi tomar banho; que quando estava fechando o boxe do banheiro já ouviu o barulho de chute na porta; que a vítima do chute arrombou a porta; que a vítima, de cueca, estava com uma peixeira na mão e disse: "que naquela noite iria pagar a ele tudo que ele queria!"; que a interroganda disse que faria tudo que ele fizesse

e sugeriu passar para o quarto; que no quarto, quando a vítima se abaixou para tirar a cueca, a interroganda agarrou-se com o mesmo e entraram em luta corporal; que durante a luta a interroganda conseguiu tomar-lhe a faca e desferiu a primeira facada; que a primeira facada atingiu a garganta; que estava muito nervosa, e só lembra da primeira facada; que decorridos aproximadamente uns trinta minutos chegou o marido da interroganda o Maurício; que em seguida Maurício foi no quarto e arrastou o corpo da vítima para a sala com o intuito de prestar socorro; que disse para Maurício que era melhor deixar o corpo lá e levá-la para a maternidade, pois estava perdendo água; que logo em seguida a interroganda e Maurício foram para a maternidade Menino Jesus na Parangaba; que não foi atendida na maternidade e em seguida foram para casa de Ariane, onde ficaram até o dia seguinte em companhia do esposo Maurício; que a interroganda jogou a arma fora num matagal, não sabendo onde; que a vitima sempre queria manter relações sexuais com a interroganda; que a interroganda contou para o seu esposo Maurício; que Maurício retornou para casa, depois que comprou a janta por volta de 02:00 a 2:30 horas da manhã; que Maurício relatou para a interroganda que não tinha comprado o jantar na esquina do baião por o dinheiro não ter dado e foi comprar em uma churrascaria perto da mãe dele na Av. Osório de Paiva; que não é verdade que a interroganda e seu esposo tenham levado um adolescente para a casa da vítima para acusá-lo de abuso sexual; que esclarece que quando não morava ainda com a vítima ela havia levado duas adolescentes para manter relações sexuais e os próprios vizinhos o denunciaram; que o genitor da interroganda passou dois meses preso; que a interroganda não comunicou que havia acontecido com o seu genitor aos familiares dele, pois não se dava com nenhum deles; que também ressalta que os irmãos da vítima o tinham como louco e nenhum se aproximava dele, só depois da morte...".

Edílson Barros de Holanda, fl.144/146:

"Que não presenciou o fato denunciado; que o depoente mora na mesma rua onde se deu o fato; que a vítima nunca comentou com o depoente que estivesse sendo ameaçado de morte pelo casal acusados; que havia confusão entre o casal acusados e vítima; que não sabe informar o motivo da confusão entre o casal acusado e vítima...".

José Ferreira Amorim, fls. 150/152:

"...Que mora quase defronte a casa de onde se deu o fato; que inicialmente o casal se davam bem com a vítima; que depois passou a haver discussão entre o casal e a vítima; que o casal saia e chegava tarde da madrugada; que o casal chegavam bêbados da farra; que o portão da casa estava fechado e eles queriam arrombar; que o depoente varias vezes ligou para a policia pois estava havendo grande confusão na casa onde se deu o fato, pois inclusive o acusado MAURICIO armado de foice; que MAURICIO armado de foice queria matar a vítima, quebrar as coisas dentro de casa;(...) que a vítima não era pessoa agressiva ; que no dia em que Maurício estava com a foiça

foi uns quinze dias antes do fato, já pela madrugada; que o quebra-quebra começou dentro de casa e terminou fora; que a vítima dizia que estava sendo ameaçado e não dizia o teor das ameaças...".

Maria de Fátima Queiroz Pereira, fls. 153/155:

"Que a depoente esclarece que no dia do fato por volta das 14:00 horas a vítima esteve no estabelecimento comercial da depoente; que a vítima disse que estava condenado, tendo ele dito que eles iram me matar; que a depoente perguntou, tendo ele dito que eles iriam me matar; que a depoente perguntou, tendo ele dito que era os acusados NADIANA e MAURICIO; que a vítima disse a depoente que os acusados iriam matá-lo para ficar com a herança dele; (...); que a vítima também disse para a depoente que os acusados haviam pegos uns tijolos na casa da vítima; (...); que segundo a vítima, o objetivo do casal era botar abaixo o portão da casa; que a depoente aconselhou a deixar a casa para o casal e ir embora; (...); que havia muita desavença entre o casal acusados e a vítima; que no dia dos tijolos a depoente chamou o casal acusados para conversar sobre o que havia acontecido; que no dia dos tijolos a depoente ouviu o acusado Maurício falar que se sua esposa abortasse mataria a vítima; (...); que a acusada NADIANA tratava muito mal a vítima; que a vítima criou a acusada NADIANA desde criança; que a depoente nunca ouviu nenhum comentários dando conta de que a vítima quisesse ter relações sexuais com a acusada NADIANA; (...); que a depoente nunca viu a vítima praticando violência, ressalta que a mesma tomava remédios controlados para os nervos; (...); que nos dias dos tijolos o acusado MAURICIO estava com a foice...".

Ariane Silva Paz, fls. 167/169:

"...Que depois do fato denunciado, a acusada NADIANA foi em companhia do acusado MAURICIO para a casa da depoente, que o casal acusado chegou na casa da depoente por volta das 04:00 horas; que a acusada chegou chorando, que a depoente nada perguntou a acusada NADIANA; que por volta das 10:00 horas da manhã a acusada disse para a depoente que havia morto o pai; que NADIANA não deu detalhes de como havia morto o pai;....";

Valquíria Moura dos Santos, fls. 147/149:

Que quando NADIANA estava sem ter o relacionamento amoroso com o acusado MAURICIO ela se dava bem com a vitima; que a declarante ultimamente estava vendo muita confusão do casal e vítima, inclusive com a presença de policias; que algum tempo antes do fato, que a depoente não se recorda, o casal chegou em casa de madrugada e a vítima não abriu o portão , oportunidade em que MAURICIO retirou os tijolos e jogou na vítima para que esta abrisse o portão, que a vítima os braços da vítima; que de certa feita o acusado na calçada disse que se acusada NADIANA perdesse a criança que estava esperando o MAURICIO matava a vítima;

que o acusado MAURICIO fez tal ameaça durante uma discussão entre a vítima e NADIANA; que a declarante ouviu comentários de rua embora não saiba os nomes das pessoas, dando conta de que não deixasse o acusado MAURICIO matá-lo...".

Interrogatório de Nadiana perante a autoridade policial, fl. 09/11:

"...Que na terça-feira, dia 27.04.2004, na parte da tarde, saiu de casa e foi para casa de sua prima situada no Bairro Bom Jardim; que na madrugada do dia 28.04.2004, por volta de 01:30 hora, retornou à sua residência no Bairro Jardim das Oliveiras; que, entrou em casa, e pediu para seu companheiro MAURICIO que fosse comprar a jantar na Churrascaria Skina do Baião no Bairro Cidade dos Funcionários, pois estava com fome, esclarecendo ao MAURICIO que iria tomar banho; que, antes de MAURICIO se ausentar para comprar a jantar, o seu pai NADEU perguntou ao MAURICIO se ele iria demorar, tendo MAURICIO respondido que não sabia, que na Churrascaria custava a ser atendido; que, naquele momento, já por volta das 02:15 horas, o seu pai deu um chute violento na porta do quarto e adentrou neste armado com uma faca tipo peixeira; que nesse momento, estava despida no banheiro; que o seu pai NADEU ficou plantado e armado na porta do banheiro, esperando que sua pessoa deixasse o banheiro e fosse para o quarto; que, nesse momento, o seu pai pediu para acariciar os seus seios, pegar na sua vagina, e que chupasse o pênis dele; que naturalmente, como sempre, recusou-se a participar daquela orgia; que, ao recusar a participar daquele ato, o seu pai lhe puxou pelos cabelos, e a partir daí, passaram a "brigar"; que, tentou tomar a faca das mãos de seu pai, porem, não conseguiu; que, passou a dialogar com o seu pai, e solicitou ao mesmo que descesse a cueca, pois iria fazer o que ele estava lhe exigindo; que, no momento em que o seu pai se abaixou para retirar a cueca, aproximou-se do mesmo e deu-lhe uma gravata; que, o seu pai caiu no chão, já do quarto, e tentou tomar a faca da mão de seu pai, conseguindo o seu objetivo após muita luta; que, já de posse da faca, desfechou no seu pai uma facada sobre o peito, não se recordando se foi o peito esquerdo ou direito; que, ao receber a primeira facada, o seu pai caiu no chão esvaindo-se em sangue; que, a interrogada diz que, em seguida, subiu na cama do quarto, pegou um fio de extensão que usava rotineiramente, cortou, aproximou-se de seu pai, amarrou as mãos e depois os pés dele, pois temia que o mesmo ainda estivesse em condições físicas de lhe atacar; que, depois que amarrou os pés e as mãos, cortou novamente o fio, e de posse de um bom pedaço, enrolou no pescoço de seu pai e puxou fortemente, segurando pelas extremidades, até seu pai dar o ultimo suspiro; que, sentiu que o seu tinha morrido, e ficou no quarto aguardando a chegada de MAURICIO e depois esperar este na sala; que, a interrogada esclarece após sentir que o seu pai tinha morrido, arrastou o corpo para a sala; que, retornou ao quarto, e foi limpar o mesmo, tendo posto detergente e desinfetante, e ficou aguardando a chegada de MAURICIO; que, MAURICIO chegou com o jantar e viu o corpo de seu pai adotivo estendido na sala e lhe perguntou o que tinha acontecido; que, MAURICIO disse que ia socorre-lo, porém, disse ao mesmo que não havia mais necessidade, pois o seu pai já estava morto; que, contou

> ao seu companheiro MAURICIO o que tinha ocorrido; que, não teve mais condições de jantar, e solicitou ao MAURICIO que a socorresse ao Hospital, pois estava perdendo água, em razão de estará grávida de no oitavo mês de gestação; que, MAURICIO a socorreu para o Hospital Menino Jesus situado em Parangaba; que, foi conduzida no seu próprio carro dirigido pelo MAURICIO; que, foi atendida e liberada pelo médico, deslocando-se depois para a casa de sua prima no Bairro Bom Jardim, onde permaneceu até a manhã de ontem, tendo depois saído a procura de uma advogada para se apresentar a esta autoridade; que a interrogada faz questão de ressaltar, que o seu companheiro MAURICIO não teve nenhuma participação direta ou indireta no crime; que, a interrogada esclarece que não fez nenhuma ligação para familiares de seu pai adotivo após o crime; que a faca tipo peixeira que usou para assassinar o seu pai, quando deixou a casa, a jogou no trajeto para o hospital".

Assim vê-se claramente que a decisão por que se condenou Nadiana está respaldada na prova coligida e a tese negativa de autoria resta isolada.

Também a condenação de Maurício deve ser mantida. A primeira versão – no sentido de que não teve qualquer participação no crime – foi desfeita pela própria acusada e pela confissão dele em plenário do júri, quando afirmou haver atuado em legítima defesa de Nadiana. Por outro lado, a questão em si da legítima defesa também não encontra guarida, porque não evidenciados todos os elementos integrativos que a compõem. Primeiro, porque não há prova de agressão injusta, atual ou iminente; segundo porque o estado em que a vítima foi encontrada, com tantas lesões – é incompatível com as lesões evidenciadas no corpo de Maurício, observado o laudo de exame de corpo de delito acostado à fl. 50, que acusa a existência de "uma lesão de ferida infectada irregular na região medial da mão direita". Inclusive, disse ele que tal lesão se devia a um tumor. Assim, esse desequilíbrio aponta para o fato de que, acaso houvesse a vítima investido contra a pessoa de Nadiana e houvessem Maurício e a vítima travado luta corporal – o que não restou comprovado – Maurício não se teria utilizado, moderadamente, dos meios necessários repelir a suposta agressão.

Colaciono, por oportuno, os registros acerca das lesões encontradas ao longo do corpo da vítima, atestadas no laudo de fls. 101/117, *in verbis*:

> Examinando macroscopicamente o cadáver acima descrito, com rigidez cadavérica instalada, foram constatadas as seguintes lesões:
>
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região torácica inferior esquerda;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região supra-umbilical;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região zigomática esquerda;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região zigomática direita;
> -Duas feridas pérfuro-cortantes na região órbita lateral esquerda;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região parietal e frontal esquerda;
> -Duas feridas pérfuro-cortante na região frontal esquerda;
> -Uma ferida perfuro-incisa na região frontal-média;

> -Uma ferida pérfuro-cortante na região temporal direita;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região terço superior do braço esquerdo;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região face posterior do terço inferior do antebraço esquerdo;
> -Uma ferida pérfuro-cortante na região na região face interna do antebraço esquerdo (com característica de lesão de defesa).

Também o laudo da perícia a que se submeteu Nadiana (fl. 45) acusa a existência de apenas "escoriações na palma das mãos e no segundo e terceiro quirodáctilos direitos e no terceiro esquerdo". Importante, então, observar que a disparidade, que se verifica entre as lesões evidenciadas no corpo da vítima e dos acusados, aponta para a certeza de que ela (vítima) foi agredida mediante recurso que lhe impossibilitou a defesa, inclusive morta já nas altas horas da noite, quando se encontrava sozinha no interior de sua casa.

Observo, por oportuno, que a última versão apresentada por Nadiana – pela qual imputa a inteira responsabilidade do crime a Maurício – também resta isolada dos autos, tendo em vista que, presente na ocasião dos fatos, mesmo havendo dito que procurou evitar que Maurício tirasse a vida da vítima, não pediu por socorro, nem fez prova de que tenha sido impedida de fazê-lo. A prova, que se tem nos autos, é a de que seu pai lhe rogava que não deixasse Maurício matá-lo e não há, sequer indício, de que tenha agido com esse intuito. Inclusive, moradores da vizinhança, que prestaram depoimentos, pouco falaram acerca de barulhos advindos da casa da vítima na noite do crime, mas havia comentários no sentido de que seu genitor pedia a Nadiana que "não deixasse Maurício matá-lo".

Nesse ponto, importante observar que Nadiana é igualmente responsável pela morte de seu genitor, nos exatos termos do art. 29 do Código Penal Brasileiro, não havendo qualquer prova nos autos manifestamente contrária à decisão do Conselho de Sentença capaz de sustentar a tese negativa de autoria e, ainda, de legítima defesa de terceiro por parte de Maurício. Por outro lado, a prova que autorizou a condenação de Maurício nos termos da qualificadora prevista no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal Brasileiro, evidenciada pelos laudos, importa no reconhecimento de que Nadiana, presente na cena do crime, aderiu a ele, inclusive no que diz respeito a essa circunstância objetivamente caracterizada em que foi cometido – mediante recurso que impossibilitou a defesa da vítima. E, em havendo a acusada sido condenada por homicídio simples, há que ser submetida a novo júri popular, diante da manifesta contrariedade existente entre a prova dos autos e a decisão colegiada popular, observado, *in casu*, ser esse o motivo da insurgência ministerial.

Também a questão relativa ao motivo torpe, vejo que reside manifesta prova a determinar a submissão da acusada a novo júri, mormente quando se observam as cópias de boletins de ocorrência juntadas às fls.160/162, que dizem respeito à ocorrência de furtos imputados aos acusados contra o seu patrimônio (fl.162) em que

anuncia a subtração de documentos como cartões de crédito, de conta corrente, carteira de identidade, CPF, habilitação, comprovantes de endereço, e de documentos relativos a um veículo Gol, ano 1996, cor vermelha, placa HUX 1474/CE. Aliam-se a isso os depoimentos acostados, cujos trechos ora colaciono:

Edílson Barros de Holanda, fls. 145/146/:

> "que havia confusão entre acusados e vítima; (...); que o depoente ouviu comentários de vizinhos, vindo do Sr. Brazilino, que o casal levava objetos da casa, sem permissão da vítima...";

Valquíria Moura dos Santos, fls. 147/148:

> "... que a declarante viu muitas vezes o acusado Maurício furtando objetos da residência, que o casal deixava a vítima bebendo em algum lugar e ia para casa; que inclusive, certa feita, viu o acusado Maurício colocar um carneiro no porta mala do carro; que a vítima contou para Dona Maria de Fátima, testemunha que já foi ouvida, que o casal havia tomado o seu cartão de crédito e que impossibilitava sacar dinheiro para seu sustento, inclusive, segundo a vítima, fazia uns quinze dias que não sacava dinheiro; que a vítima, quando morreu, estava muito magra..."

José Ferreira Amorim, fls. fls. 150/152:

> "... que a vítima conversava muito com o depoente em seu comércio; que a vítima disse que já estava sendo ameaçado de morte pelo casal acusados; que a vítima dizia que o casal ameaçava de morte pois queria que a vítima passasse logo a casa para seus nomes e o dinheiro que estava no banco seguro; que segundo a vítima, a acusada Nadiana queria assumir todo o patrimônio dele; que não ouviu comentários de que o casal acusados tivessem ficado com o cartão de crédito da vítima; que a vítima dizia que o casal estava subtraindo produtos da casa; que a vítima estava tentando montar um comércio, estava estocando mercadoria e dizia que o casal estava subtraindo os produtos...";

Maria de Fátima Queiroz Pereira, fls. 153/155:

> "Que a depoente esclarece que no dia do fato por volta das 14:00 horas a vítima esteve no estabelecimento comercial da depoente; que a vítima disse que estava condenado, tendo ele dito que eles iram me matar; que a depoente perguntou, tendo ele dito que ele iriam me matar; que a depoente perguntou, tendo ele dito que era os acusados NADIANA e MAURICIO; que a vítima disse a depoente que os acusados iriam matá-lo para ficar com a herança dele; (...); que a vítima também disse para a depoente que os acusados haviam pegos uns tijolos na casa da vítima...".

Portanto, entendo que também existe manifesta prova nos autos que autorizam ser a acusada submetida a novo júri, em razão da qualificadora atinente ao motivo torpe.

Dessa forma, a partir da análise do caderno processual, verifico a existência de manifesta contrariedade entre a prova dos autos e a decisão por que o Conselho de Sentença condenou Nadiana Bezerra Lima pelo crime previsto no art. 121, *caput*, do Código Penal Brasileiro, afastando a incidência das qualificadoras previstas na § 2º, I e IV, do mesmo artigo, motivo pelo qual deve ser a mesma submetida a novo Conselho de Sentença. Por outro lado, observando que, com relação ao réu Maurício Rodrigues da Silva inexiste manifesta prova contrária à decisão dos jurados, mantenho o édito condenatório, tendo em vista que a decisão proferida pelo Conselho de Sentença quanto a esse réu está sob o manto do princípio da soberania dos veredictos.

Sobre esse tema - soberania dos veredictos e apelação motivada por decisão manifestamente contrária à prova dos autos, colaciono lição de Guilherme de Souza Nucci, *in* Júri – Princípios Constitucionais, Ed. Juarez de Oliveira, Ed. 1ª. – 1999, p. 97, *in verbis*:

> A quarta alternativa, no entanto, levanta uma polêmica consistente, pois permite, de algum modo, que o Tribunal Superior questione o mérito do veredicto proferido pelo júri. Seria inconstitucional tal dispositivo? Como já foi ressaltado, não há problema algum em submeter qualquer decisão de órgão judiciário ao crivo do duplo grau de jurisdição. Assim, sendo possível que os jurados cometam erros, porque não avaliaram corretamente a prova a eles apresentada, a apelação tem cabimento para permitir ao Tribunal rever o que foi decidido. Por ora, nenhuma ofensa estaria, a princípio, presente nessa reavaliação.
>
> Ocorre que o legislador ordinário utilizou o termo "manifestamente" para evidenciar quando a decisão dos jurados entra em confronto com a prova dos autos. Não é qualquer situação que autoriza o provimento da apelação, sendo preciso um veredicto notoriamente, gritantemente, patentemente, contrário à prova colhida e constante dos autos.
>
> Diz Ary Azevedo Franco: "Manifestamente... Nunca um vocábulo teve maior precisão, maior indubitabilidade no seu sentido. Assim como nunca a significação usual se ajustou mais rigorosamente à sua significação jurídica. *Manifesto*, segundo Cândido Figueiredo, é sinônimo de patente, público, evidente. E Domingos Vieira afirma "o que é manifesto é evidente para todos" (*Dic*., vol. IV, pág. 103). Que se poderá entender por manifesto, por evidente, senão aquilo que se impõe à percepção de todos, que todos vêem necessariamente, e sobre o que não é admissível, em sã consciência, a possibilidade de afirmações díspares?"
>
> Não bastasse a prudência legislativa para não deturpar a função do júri, autorizando somente a revisão daquilo que foi evidentemente equivocado, buscando sanar injustiças, atualmente a Constituição Federal elegeu como princípio-garantia do tribunal popular a soberania dos seus veredictos.
>
> Nesse sentido, está correta a observação feita por Frederico Marques de que soberania não exige o respeito a um só veredicto, ou seja, não se impõe a

> submissão ao primeiro veredicto proferido pelo júri. O importante é que o tribunal popular dê a última palavra quanto ao mérito dos casos envolvendo crimes dolosos contra a vida.
> Longe de ser prejudicial, é medida salutar submeter as decisões de qualquer tribunal ao crivo do duplo grau de jurisdição. E, a princípio, a soberania está assegurada, pois o § 3º, do art. 593, do CPP preceitua que "se a apelação se fundar no n. III, *d*, deste artigo, e o tribunal *ad quem* se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação.
> A situação é teoricamente perfeita. Uma decisão manifestamente injusta pode ser revista pelo Tribunal do Júri, bastando que, para isso, o Tribunal Superior dê provimento à apelação. Será, então, o mesmo órgão julgador, naturalmente com outra composição (art. 607, § 3º, do Código de processo Penal, e Súmula 206 do Supremo Tribunal Federal), que irá reavaliar o que fez, mantendo ou não o veredicto. Existindo erro crasso, certamente no interesse da justiça, o júri, novamente reunido, reformará a decisão anterior.

Assim, no que diz respeito à condenação e as qualificadoras afastadas pelo Conselho de Sentença, dou provimento às razões recursais expendidas pelo Órgão Ministerial, declarando nula a decisão colegiada, determinando a submissão de Nadiana Bezerra Lima a novo júri popular, e nego provimento às razões defensivas apresentadas em nome de ambos os réus.

Outrossim, uma vez determinada a submissão de Nadiana Bezerra Lima a novo Conselho de Sentença e mantida a condenação do réu Maurício Rodrigues da Silva por homicídio duplamente qualificado, resta a apreciação do segundo pleito formulado alternativamente por esse réu – redução das reprimenda imposta.

Para tanto, colaciono trecho do *decisum* atinente à parte dispositiva (observado mero erro de digitação quando menciona a palavra ré):

> "Assim, sendo considerando esta soberana decisão, atento às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, notadamente quando se vê a culpabilidade da ré evidenciada, sua conduta social e os antecedentes que não são bons, embora tecnicamente primário, responde a crime por violação do art. 157 do CPB; considerando ainda os motivos e as conseqüências do delito, que foram danosas para a pessoa da vítima; considerando, finalmente, a incidência de duas qualificadoras, tendo-se uma delas como elemento integrativo do tipo, ao tempo em que a outra serve como agravante genérica (RT624/290), hei por bem fixar a pena base em 13 (treze) anos de reclusão, a qual aumento de 1(um) ano, totalizando 14 (catorze) anos de reclusão, diminuída de 1 (um) ano, face ao reconhecimento de atenuante, resultando em 13 (treze) anos de reclusão, que a torno definitiva, à mingua de outras circunstancias que possam alterar este "quantum", a ser cumprida inicialmente em regime fechado, em presídio oficial".

De sua leitura, vejo a impossibilidade de atender ao pleito. Explico. A

exacerbação da pena-base se justificou na adoção inidônea de antecedentes criminais (com violação à Sumula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça), o que ensejaria sua redução não fosse a conduta social do réu, também negativamente mencionada, sobre a qual a prova dos autos indica ser agressivo, inclusive aponta para a ocorrência de se haver armado com uma foice contra o pai de sua companheira, em uma outra ocasião (no caso a vítima, com quem não mantinha bom relacionamento). Aponta também para o fato de que as desavenças e agressões contra a vítima chegavam a conhecimento público, sendo necessário chamar-se a polícia, tudo isso bem denotado através da prova testemunhal acostada. Portanto, não vislumbro motivos para promover qualquer modificação na pena-base, inclusive na definitiva, após o seu agravamento em um ano em razão da segunda qualificadora, utilizada como agravante, e a atenuação, também em um ano, pelo fato de o réu haver confessado o crime. Assim, escorreitamente observado o sistema trifásico de fixação e dosimetria de penas articulado no art. 68 do Código Penal Brasileiro. Não seria demasiado observar que o réu teve a pena atenuada, mesmo proferindo confissão qualificada do cometimento do crime.

ISSO POSTO, não obstante o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço dos recursos para dar provimento ao interposto pelo Ministério Público e declarar nula a decisão do Conselho de Sentença, determinando, assim, a submissão de Nadiana Bezerra Lima a novo júri popular, e negar provimento aos recursos interpostos por ambos os réus, mantendo a condenação do réu Maurício Rodrigues da Silva, nos termos em que exarada.

Fortaleza, 03 de dezembro de 2012.

PROCESSO: APELAÇÃO CRIME N. 236-16.2004.8.06.0083/1 – GUAIÚBA-CE
APELANTE: FRANCISCO WELLINGTON DA SILVA DE LIMA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL
RELATOR: DESEMBARGADOR JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. HOMICÍDIO SIMPLES. APELAÇÃO DA DEFESA. JULGAMENTO CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. NÃO ACOLHIMENTO DA TESE DE LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA. NÃO PROVIMENTO.

I – Condenado à pena de 7 anos de reclusão em regime semiaberto pela prática do crime de homicídio em sua forma simples, o acusado interpôs recurso apelatório pugnando pela reforma da sentença que teria sido elaborada em contrariedade à prova dos autos, pois não houve acolhimento da tese defensiva de legítima defesa putativa. Alternativamente, requer a diminuição da pena, que deveria ter sido aplicada no mínimo legal, decotando-se o acréscimo em virtude de antecedentes penais inexistentes, porém considerados pelo magistrado na dosimetria da pena.

II – A decisão dos jurados dialoga abertamente com a prova dos autos, o que determina a aplicação do enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça e consolidado entendimento jurisprudencial de todos os Tribunais Recursais e Superiores pátrios. Assim, as teses aventadas pela defesa, seja para fugir à responsabilidade penal, seja para diminuí-la, não merecem provimento.

III – Negou-se provimento à apelação do acusado.

ACORDA a 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade de votos, em negar provimento à apelação, nos termos do voto do eminente Desembargador Relator.

Inconformado com a condenação à pena de 7 anos de reclusão em regime inicialmente semiaberto que lhe foi imposta, o acusado, ora apelante, interpôs recurso de apelação (fls. 144/149) pedindo a anulação da decisão colegiada do Tribunal do Júri, pois, segundo ele, foi proferida em manifesta divergência à prova dos autos, visto não ter sido acolhida a tese de legítima defesa putativa. Alternativamente, requer a modificação da dosimetria da pena, reduzindo-a ao mínimo.

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. 157/163).

A Procuradoria Geral de Justiça (fls. 171/178) opinou pelo não provimento do recurso de apelação, visto que decisão dos jurados está em total conformidade à prova dos autos, sendo que a pena também foi adequadamente mensurada.

É o breve relato.

A apelação baseada no item *d*, do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal é recurso de fundamentação vinculada, devendo a parte interessada na reforma da decisão proferida pelo órgão leigo colegiado do Tribunal do Júri demonstrar, de forma fundamentada, onde houve o divórcio entre a decisão prolatada e a prova dos autos, num verdadeiro exercício silogístico.

Tal exigência se faz com base no princípio da soberania dos vereditos, que é um dos nortes que balizam as decisões oriundas do Conselho de Sentença, que, por sua vez, se alicerça no sigilo do voto e do local da votação, justamente para proteger a imparcialidade na atuação dos juízes leigos, que são os juízes naturais para julgar questões que envolvam crimes dolosos contra a vida, conexos ou não com outras infrações penais.

Desta feita, para se cambiar uma manifestação de cunho decisório deste jaez, não basta a mera argumentação de que a decisão não respeitou a prova produzida nos autos, até mesmo porque tal análise se dá em razão do princípio da íntima convicção. Assim, mera dúvida na análise da prova, ou mesmo a divergência apontada na votação de determinado quesito pelos jurados não autoriza dizer que a decisão é completamente divergente dos elementos de informação contidos nos autos da ação penal.

Ademais, havendo duas versões nos autos e sendo uma delas aceita pelo Tribunal do Júri, não há como se reconhecer nulidade no respectivo veredito que acolheu uma delas.

Desta forma, tenha conteúdo absolutório ou condenatório, é necessário se demonstrar a contrariedade manifesta, explícita, inegável, entre a decisão objeto de impugnação e a prova dos autos, conforme já sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Recursais e Superiores pátrios. A propósito, o enunciado da Súmula n. 6 deste egrégio Tribunal de Justiça informa que "as decisões dos jurados, em face do princípio constitucional de sua soberania, somente serão anuladas quando inteiramente contrárias à prova dos autos".

Daí, conclui-se que a apelação ora em análise não merece provimento. Explico.

A tese de legítima defesa putativa apresentada pelo apelante não tem qualquer sustentação nos elementos encontrados dos autos. Ressalte-se que a tese alegada em plenário do Júri foi a de legítima defesa própria, e não putativa, tendo inovado em sede de recurso de apelação.

O depoimento das quatro testemunhas presenciais (Ticiane Batista de

Menezes, fls. 60/61; Elienne Silva de Oliveira, fls. 62/63; Otacílio Clemente da Silva, fls. 66/67; e Maria da Conceição da Silva Oliveira, fls. 68/69) são todos uníssonos em demonstrar a culpabilidade exacerbada do acusado que, mesmo já tendo desferido facadas no tórax da vítima, deixando-a imobilizada, virou-a e desferiu outras facadas em suas costas. Tudo isso por um mero par de sandálias.

Portanto, a decisão dos jurados foi baseada em elementos retirados dos autos, sem prejuízo ao princípio da soberania dos vereditos, pois se sabe que uma decisão proferida pelo Conselho dos Sete só pode ser modificada quando totalmente dissociada do conjunto probatório, o que não é o caso em liça.

No tocante à diminuição da pena, o mesmo raciocínio deve ser aplicado, pois é evidente que a fixação dela acima do mínimo legal deu-se em razão da da culpabilidade intensa, da conduta social inadequada, das circunstâncias e das consequências do crime. Em nenhum momento a magistrada sentenciante levou em consideração os antecedentes para exasperar a reprimenda, que, ao fim e ao cabo, ficou bem próxima do mínimo legal para o crime de homicídio simples:

> À luz dos critérios previstos no art. 59 do Código Penal, bem como dos arts. 5º, XLVI, e 93, IX, da CF/88, não há o que se falar em nulidade da sentença quando foram apontados, clara e precisamente, os motivos pelos quais considerou-se desfavoráveis a maioria das circunstâncias judiciais, justificando a fixação da pena-base em patamar superior ao mínimo legal, [...]
> (STJ, HC 182.486/MG, 5ª. T., Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 11/10/2012).

Diante do exposto, nego provimento ao pleito apelatório, mantendo a sentença em todos os seus termos, no que adiro ao parecer ministerial.

É como voto.

Fortaleza, 11 de março de 2013.

APELAÇÂO Nº 3503-56.2009.8.06.0071/1
TIPO DE PROCESSO: APELAÇÃO CRIME
RECORRENTES: HÉLIO LEITE SILVA , MINISTÉRIO PÚBLICO
RECORRIDOS: MINISTÉRIO PÚBLICO , FRANCISCO RAFAEL DA SILVA ALVES
RELATORA: DESª. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. ARTIGOS 28 DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 157, §2º, I, DO CPB. 1. RECURSO DEFENSIVO. 1.1. IMPOSTA MEDIDA EDUCATIVA – ART. 28, III – EM RAZÃO DO PRIMEIRO CRIME. TRANSCURSO DE MAIS DE DOIS ANOS ENTRE A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA RECORRÍVEL E A PRESENTE DATA – AUSÊNCIA DE CAUSAS INTERRUPTIVAS E, AINDA, SUSPENSIVAS DO PRAZO PRESCRICIONAL. AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA MINISTERIAL. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DECLARADA *EX-OFFICIO*, EM CARÁTER PRELIMINAR, NOS TERMOS DOS ARTIGOS 30 DA LEI 11.343/2006 E 61 DO CPP. PREJUDICADA A ANÁLISE DAS RAZÕES RECURSAIS EXPENDIDAS EM RELAÇÃO A ESSA CONDUTA. 1.2. ALEGAÇÃO DE EXACERBADA A PENA-BASE DECORRENTE DO ROUBO – OITO ANOS DE RECLUSÃO. CABIMENTO. AÇÕES CRIMINAIS EM TRAMITAÇÃO QUE NÃO SERVEM À COMPROVAÇÃO DE ANTECEDENTES – SÚMULA 444 DO STJ. GRAVE AMEAÇA. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO, NESSA PRIMEIRA FASE DE CÁLCULO, DE CIRCUNSTÂNCIA ELEMENTAR DO TIPO PENAL – PRINCÍPIO *NON BIS IN IDEM*. RESTA CABIDA A PRETENSÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA-BASE EXASPERADA TAMBÉM SOB ESSES FUNDAMENTOS. 1.3. QUANTO AO POTENCIAL OFENSIVO DA ARMA, DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA PARA CARACTERIZAR A MAJORANTE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. 2. RECURSO MINISTERIAL. INSURGÊNCIA À ABSOLVIÇÃO DE CORRÉU. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*. 4. Recursos

conhecidos. Declaração preliminar e *ex officio* da extinção da punibilidade do apelante consectária da prescrição quanto à conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Provimento parcial do recurso defensivo para modificação da reprimenda privativa de liberdade e, por consequência, do regime prisional. Desprovimento do recurso ofertado pelo Ministério Público.

1. Observado o fato de que a decisão vergastada, por que se condenou o agente por conduta prevista no art.28 da Lei nº. 11.343/2006, foi publicada em 30 de novembro de 2009, e ausente insurgência ministerial quanto a esse delito, bem como ausente causa de interrupção do prazo prescricional, uma vez transcorridos mais de dois anos dessa data, resta configurada a prescrição superveniente, nos termos dos artigos 110, §1º, do Código Penal e 30 da Lei nº 11.343/2006. Assim, cabe a esta Corte declarar *ex officio* e preliminarmente a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 107, IV, primeira figura, do Código Penal c/c art. 61 do Código de Processo Penal, restando prejudicada a análise do pedido de aplicação do princípio da insignificância.

2. Acolhe-se a alegação de que exacerbada a pena-base quando consideradas ações em tramitação como maus antecedentes – Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Acolhe-se, também, tal alegação, quando valoradas negativamente, nessa primeira fase, circunstâncias elementares inerentes ao tipo penal, restando, assim, descabida a consideração da grave ameaça como circunstancia desfavorável ao agente condenado por crime de roubo, inclusive majorado pelo uso de arma. Afastadas essas circunstâncias, redimensiona-se a pena e, por consequência, o regime prisional.

3. A majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima – reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente – ou pelo depoimento de testemunha presencial. Alegação em contrário, inclusive no sentido de sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, é ônus de quem a alega. Precedentes do STF.

4. O contexto indiciário não tem força probante para, por si só, fundamentar um decreto condenatório pretendido pelo Órgão Ministerial em desfavor do corréu. *In casu*, a ausência

de prova judicial segura não autoriza a modificação do juízo de absolvição proferido em favor de corréu.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de nº 3503-56.2009.8.06.0071/1, em que foi interposto recurso pelo réu Hélio Leite Silva, condenado pela prática de crimes previstos no art. 157, § 2º, I, do Código Penal Brasileiro e art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Interposto, também, pelo Ministério Público, em face de absolvição exarada em favor de Francisco Rafael da Silva Alves, contra sentença proferida na 2ª Vara da Comarca do Crato.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por unanimidade, conhecer dos recursos e, preliminarmente, reconhecendo a ocorrência da prescrição superveniente, declaram, *ex officio*, extinta a punibilidade do apelante Hélio Leite Silva, nos termos do art. 107, IV, primeira figura, e art. 110, § 1º, do Código Penal Brasileiro, c/c art. 30 da Lei nº 11.343/2006 e 61 do Estatuto Processual Penal. Outrossim, acordam em dar parcial provimento ao recurso por ele interposto, modificando a pena privativa de liberdade antes imposta para seis anos de reclusão em regime inicialmente semiaberto. Por fim, negam provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo a absolvição prolatada em nome de Francisco Rafael da Silva Alves, tudo em consonância com o voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 10 dezembro de 2012.

VOTO

Conheço dos recursos em face de se encontrarem presentes os requisitos para sua admissibilidade.

Conforme já relatado, trata-se de recursos de apelação interpostos pelo Ministério Público e pela Defesa. O primeiro em que se insurge contra a absolvição exarada em favor de Francisco Rafael da Silva Alves; o segundo contra a condenação de Hélio Leite Silva, pela prática de crimes previstos no art. 157, §2º, I, do Código Penal Brasileiro e art. 28 da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento de dez anos e oito meses de reclusão em regime inicialmente fechado e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo, prevista no inciso III, do citado artigo.

Compulsando os autos, verifico, preliminarmente, a impossibilidade de apreciação da argumentação expendida em relação ao artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que o prazo prescricional é de dois anos, conforme está previsto no art. 30 da mesma Lei:

> Art. 30. Prescrevem em 2 (dois) anos a imposição e a execução das penas, observado, no tocante à interrupção do prazo, o disposto nos arts. 107 e seguintes do Código Penal.

Por outro lado, está disposto no art. 110, § 1º, do Código Penal:

> Art. 110 – (...)
> § 1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

Dessa forma, observado o fato de que a decisão vergastada foi publicada em 30 de novembro de 2009, e ausente recurso ministerial contra a condenação proferida em nome de Hélio Leite Silva, transcorridos, assim, mais de dois anos dessa data, restou configurada a prescrição superveniente, observado o caráter restritivo que se empresta ao recurso ofertado pela Promotoria Pública contra absolvição proferida em favor de corréu. Assim, cabe a esta Corte declarar *ex officio* a extinção da punibilidade do agente – Hélio Leite Silva, nos termos do art.107, IV, primeira figura, do Código Penal, conforme se impõe no art. 61 do Código de Processo Penal, no que diz respeito ao crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Oportuno ressaltar que a sentença primeva transitou em julgado para o Órgão Ministerial quanto à condenação do réu Hélio Leite Silva e que o recurso interposto pelo referido Órgão restringe-se à reanálise da absolvição proferida em favor de corréu. Portanto, cabível, desde já, o reconhecimento da prescrição em relação ao crime de uso de substância entorpecente.

Colaciono, a propósito, os seguintes julgados:

> APELAÇÃO CRIMINAL - DENÚNCIA IMPUTANDO A PRÁTICA DOS CRIMES DO ART. 33, *CAPUT*, E ART. 35, AMBOS DA LEI 11.343/06 - ABSOLVIÇÃO DE UM DOS DENUNCIADOS E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DISPOSTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS EM RELAÇÃO AO OUTRO RECURSOS 1. DO MINISTÉRIO PÚBLICO - PLEITO DE REFORMA DA R. SENTENÇA APENAS NA PARTE ATINENTE À DESCLASSIFICAÇÃO - CONJUNTO PROBANTE PRECÁRIO A ENSEJAR UM DECRETO CONDENATÓRIO PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS - TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS MILITARES IMPRECISOS - DÚVIDAS QUE MERECEM PREVALECER EM FAVOR DA APELADA - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO* - SENTENÇA DESCLASSIFICATÓRIA MANTIDA RECURSO DESPROVIDO RECURSO DA DEFESA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PRESCRIÇÃO MODALIDADE RETROATIVA INTELIGÊNCIA DO ART. 30 DA LEI ANTIDROGAS E ART. 110, § 1º, DO CÓDIGO PENAL RECONHECIMENTO RECURSO PROVIDO. (8348498 PR 834849-8 (Acórdão), Relator: Antônio Martelozzo, Data de Julgamento: 21/06/2012, 4ª Câmara Criminal,)

Passo, agora, à análise das demais argumentações expendidas.

Quanto à insurgência ministerial – contra a absolvição de Francisco Rafael da Silva Alves, compulsando os autos, vejo que não pode ser acolhida, porquanto ausente a necessária prova. Explico.

Apesar dos fortes indícios que autorizaram o recebimento da denúncia, esse réu, nas vezes que lhe foi dado falar, negou haver cometido o crime, alegando que se encontrava na companhia do corréu Edvan, também absolvido, ingerindo bebida alcoólica, numa pracinha, situada próximo ao DETRAN e que, por ocasião do retorno à sua casa, ele e Edvan se encontraram, já no meio do percurso, com a pessoa de Hélio, próximo a um posto de gasolina, quando, então, chegaram os policiais que efetuaram busca pessoal e encontraram próximos a Hélio um revólver e um aparelho celular; quanto a ele, interrogando, nada foi encontrado em seu poder.

Dentre as vítimas, por sua vez, somente Luiz Fernando Silva Filho, tanto perante a autoridade policial quanto em Juízo, reconheceu, com segurança, somente a pessoa de Hélio como um dos agentes do roubo; quanto a Francisco Rafael afirmou ter dúvidas de sua identidade, "como possivelmente sendo o que estava de boné". Já sua namorada, a também vítima Analha Dvalla Feitosa Lins afirmou haver sido ameaçada, quando um dos agentes, encostando-lhe um revólver na cabeça, determinou que não olhasse para eles. Ademais, ambas as vítimas informaram que um terceiro agente permaneceu a uma certa distância, com o rosto encoberto por uma camisa.

Portanto, apesar de os três agentes haverem sido presos pouco tempo após o crime, juntos, e, segundo a prova testemunhal colhida a partir de depoimentos de policiais, Francisco Rafael estava com a posse de um dos aparelhos celulares das vítimas no bolso, a prova não é segura a apontar sua participação no crime anunciado na denúncia.

Também o fato de contra ele haver registro de antecedentes criminais demonstra-se como forte indício, no entanto, mesmo aliado ao mencionado depoimento, não configura a formação de contexto probatório suficiente a ensejar a pretendida condenação.

Da leitura da decisão primeira, vê-se que exaustivamente fundamentada. Por ela, observa-se o entendimento de que a coautoria do crime por parte de Rafael revela-se duvidosa, motivo pelo qual a Magistrada resolveu, por bem, absolvê-lo, assim declarando em seu *decisum*:

> A condenação exige prova plena da responsabilidade do agente. Mera presunção não caracteriza prova indiciária, autorizando seja o réu condenado. No caso *sub judice*, não se pode chegar a uma decisão condenatória em relação aos acusados Francisco Rafael da Silva Alves e Edvan Brito Oliveira, uma vez que as provas carreadas aos autos não são suficientemente hábeis para condená-los, pois nem mesmo as vítimas os reconheceram, conforme mencionado acima, não podendo atribuir a autoria a eles apenas por suposições, sendo impossível submetê-los a qualquer

> medida corretiva.
> Existindo dúvida acerca da autoria ou da materialidade delitiva, impõe-se a aplicação do princípio *in dubiu pro reo* como bem comentou Hélio Tornaghi sobre o inciso VII, do art. 386, na Revista Jurisprudencial 18/76:
> '**nesse caso é que a máxima *in dúbio pro reo* se aplica em toda a sua força. Existem, no processo, elementos que levariam a considerar o réu culpado, mas há outros que permitem supô-lo inocente. Estabelece-se a dúvida no espírito do juiz, e, nesse estado de incerteza, ele absolve**'(grifo meu)"

Portanto, os elementos coletados aos autos se demonstram insuficientes para permitir a condenação de Francisco Rafael da Silva Alves, o que impede a procedência da via recursal ofertada pela Promotoria de Justiça. Sobre o tema, observem-se os seguintes arestos, *verbis:*

> APELAÇÃO CRIMINAL - PROPOSIÇÃO DA INSURGÊNCIA NO PRAZO LEGAL ATRAVÉS DE FAC-SÍMILE - AUSÊNCIA DE JUNTADA DA PEÇA ORIGINAL NO PRAZO DE CINCO DIAS - IRRELEVÂNCIA - INTERPRETAÇÃO FLEXIBILIZADA DO ARTIGO 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL - INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS PRESERVADA - ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA, LATROCÍNIO E ROUBO MAJORADO - MINISTÉRIO PÚBLICO QUE EM ALEGAÇÕES FINAIS PUGNOU PELA ABSOLVIÇÃO DOS DENUNCIADOS - LEGITIMIDADE RECURSAL DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO - RECURSO QUE MERECE CONHECIMENTO - NO MÉRITO MATERIALIDADES DEMONSTRADAS - AUTORIAS QUE NÃO ENCONTRAM RESPALDO EM PROVAS JUDICIALIZADAS - INDÍCIOS NÃO CONFIRMADOS - AUSÊNCIA DE CONJUNTO PROBATÓRIO COESO A CERTIFICAR A PARTICIPAÇÃO DOS DENUNCIADOS NA EMPREITADA CRIMINOSA - TESTEMUNHAS QUE NÃO LOGRARAM RECONHECER OS ACUSADOS - INEXISTÊNCIA DE QUAISQUER APONTAMENTOS CONCRETOS DE QUE OS ACUSADOS TENHAM PARTICIPADO DO DELITO - APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO *IN DUBIO PRO REO*, EIS QUE A ESFERA PENAL NÃO SE SATISFAZ COM JUÍZO DE MERA PROBABILIDADE - AUTORIAS NÃO COMPROVADAS - ABSOLVIÇÕES MANTIDAS - NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO DEFENSOR DATIVO, CONFORME SOLICITADO EM CONTRARRAZÕES - RECURSO NÃO PROVIDO.580CÓDIGO DE PROCESSO PENAL
> (3074686 PR 0307468-6, Relator: Ronald Juarez Moro, Data de Julgamento: 25/03/2010, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: DJ: 363)

> EMENTA**:** Penal - Em sede penal a condenação deve estar embasada em provas robustas acerca da autoria e da materialidade do delito. Impõe-se a absolvição se a prova se apresenta incerta, duvidosa e frágil. Ação que se julga improcedente
> (TRF-5, Ação Penal nº 69-RN, Plenário do Tribunal Regional da 5ª Região, Rel. Juiz Nereu Santos).

> EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO TENTADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. APLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO**.**
> 1. Para a condenação é necessário juízo de certeza sobre a autoria e materialidade do delito.
> 2. No caso, a prova colhida é por demais insuficiente para, com segurança, fundamentar a condenação do apelado.
> 3. Aplicação do *in dubio pro reo*. Decisão vergastada mantida.
> 4. Recurso conhecido e provido.
> (TJ/CE, Apelação Crime nº 18067-798.2005.8.06.0064/1, 2ª Câmara Criminal, Relatora Desa. Maria Sirene de Souza Sobreira, j. 21/08/2009).

Assim, é o caso de se negar provimento ao recurso ministerial, mantendo-se o édito absolutório proferido em nome de Francisco Rafael da Silva Alves.

Quanto ao recurso apresentado por Hélio Leite Silva, vê-se são três os motivos de insurgência:

- equívoco na dosimetria da pena, mais precisamente no cálculo da pena-base, demonstrando-se a reprimenda imposta "absurdamente desproporcional". Nessa esteira, alega impossível a consideração de ações penais em tramitação como maus antecedentes criminais. Alega, também, que elementares do tipo penal não se prestam à exacerbação da reprimenda básica;

- ausência de potencialidade lesiva da arma a permitir seja considerada como circunstância majorante do roubo, pelo fato de estar desmuniciada; e

- aplicação do princípio da insignificância em razão da quantidade de substância entorpecente apreendida na posse do apelante.

Para uma melhor análise da primeira alegação, colaciono, por oportuno, a parte do *decisum* atinente à fixação da reprimenda básica:

> A culpabilidade do réu restou demonstrada. Antecedentes e conduta social lhe são desfavoráveis, uma vez que o réu responde a outros processos na Secretaria da 4ª. Vara desta Comarca (2008.0008.5309-3, 2008.0041.2342-1 e 2009.0003.9220-5), sendo o primeiro e o terceiro pelo crime previsto no art. 157, §2º., I, análogo a estes autos, e o terceiro por crime previsto no art. 14 da Lei nº. 10.826/03). É portador de uma personalidade bastante perigosa, inclusive tendo informado em seu interrogatório que cometeu o crime de latrocínio quando adolescente. Inexistem motivos para a prática do crime, a não ser a ânsia de se apropriar do patrimônio alheio. O réu praticou o crime de roubo mediante grave ameaça, portanto lhes são desfavoráveis as circunstâncias do delito. As consequências do delito foram gravíssimas, deixando as vítimas totalmente traumatizadas.

Alega a Defesa, primeiramente, a indevida consideração de ações penais em tramitação como maus antecedentes. Nesse sentido, observa-se o entendimento

sumulado do Superior Tribunal de Justiça:

> É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.
> (Súmula 444, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010)

Portanto, afasta-se essa circunstância negativamente valorada na fixação da reprimenda básica.

Por outro lado, verifica-se que também negativamente valorada circunstância elementar do próprio tipo penal – grave ameaça –, como causa justificativa do aumento da pena-base, procedimento vedado em face do princípio *non bis in idem*. Nesse passo, vem o entendimento de nossos Tribunais:

> REVISÃO CRIMINAL CRIME DE LATROCÍNIO (ART , 157, § 3º, CP) REQUERIMENTO DE EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DAS CONSEQUÊNCIAS ACOLHIMENTO MORTE DE UMA DAS VÍTIMAS E LESÕES CORPORAIS GRAVES EM OUTRA CONFIGURAM CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL DE LATROCÍNIO FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA SOBRE A INTRANQUILIDADE SOCIAL DECORRENTE DO CRIME REDUÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE.157 § 3ºCP
> (6670399 PR 667039-9 (Acórdão), Relator: Marques Cury, Data de Julgamento: 12/04/2012, 3ª Câmara Criminal em Composição Integral)

> *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO. PENA-BASE. FIXAÇÃO ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO. AÇÕES EM ANDAMENTO. VALORAÇÃO NEGATIVA DOS MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE. MORTE DA VÍTIMA. AGRAVAMENTO DA SANÇÃO. DESCABIMENTO. CONSEQUÊNCIA QUE, EMBORA SEJA GRAVE, É INERENTE AO TIPO PENAL. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA QUALIFICADORA. UTILIZAÇÃO DE UMA PARA QUALIFICAR O DELITO E DAS DEMAIS COMO CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. VIABILIDADE.
> 1. A existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis autoriza a fixação da pena-base acima do patamar mínimo e o estabelecimento de regime prisional mais severo.
> 2. Viola o princípio da presunção de inocência a valoração negativa dos maus antecedentes em razão de inquéritos em andamento ou ações penais sem trânsito em julgado.
> 3. A morte da vítima, embora constitua grave consequência, não pode servir para exasperar a sanção, por ser inerente ao tipo penal pelo qual o paciente foi condenado – homicídio.
> 4. Segundo a iterativa jurisprudência desta Corte, havendo pluralidade de qualificadoras permite-se que uma delas qualifique o delito, enquanto as outras sejam utilizadas na primeira etapa, como circunstância judicial desfavorável.

5. Ordem parcialmente concedida, com o intuito de, afastando as circunstâncias judiciais valoradas negativamente, reduzir a pena recaída sobre a paciente, de 14 (quatorze) para 13 (treze) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado.
(151895 MG 2009/0211331-9, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Julgamento: 02/12/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/12/2010)

PENAL E PROCESSUAL HOMICÍDIO QUALIFICADO POR MOTIVO FÚTIL. CRÍTICA FUNDA DA DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO DE COMPENSAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SENTENÇA REFORMADA.1 RÉU CONDENADO POR INFRINGIR O ARTIGO 121, § 2º, II, DO CÓDIGO PENAL, EIS QUE ESFAQUEOU A VÍTIMA DEPOIS DE DISCUTIREM EM RAZÃO DA COMPRA DE CERVEJA, CAUSANDO-LHE MORTE. 121, §2º, II CÓDIGO PENAL 2 A PENA BASE DEVE FICAR NO MÍNIMO LEGAL SE NÃO HÁ MOTIVOS QUE JUSTIFIQUEM A EXASPERAÇÃO, NÃO PODENDO AS CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO PRÓPRIO TIPO A JUSTIFICAREM. A CONFISSÃO ESPONTÂNEA NÃO PODE REDUZIR A PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, MAS IMPLICA A MITIGAÇÃO DO AUMENTO DECORRENTE DA REINCIDÊNCIA. 4 PROVIMENTO PARCIAL DO APELO ACUSATÓRIO E PROVIMENTO DO DEFENSIVO. (382889520078070003 DF 0038288-95.2007.807.0003, Relator: GEORGE LOPES LEITE, Data de Julgamento: 17/03/2011, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 25/03/2011, DJ-e Pág. 205)

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE HOMICÍDIO PRIVILEGIADO OU AUSÊNCIA DE PROVAS. NÃO CONFIGURAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIZADA COMPROVADAS. DECISÃO DOS JURADOS EMBASADA EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. DOSIMETRIA DA PENA. CULPABILIDADE. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA EM RAZÃO DE TER PROVOCADO A MORTE DA VÍTIMA. VALORAÇÃO EQUIVOCADA. JUSTIFICATIVA INERENTE AO PRÓPRIO TIPO PENAL. REDUÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE.
1. Nos termos do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, só deve ser anulado o julgamento do Tribunal do Júri se o mesmo estiver integralmente dissociado do cotejo probatório, o que não se configura quando os jurados optam por uma das teses ventiladas durante a instrução criminal e amparada em provas coligidas aos autos, devendo ser respeitado o princípio constitucional da soberania dos veredictos.593IIId, Código de Processo Penal.
2. O alto grau de reprovabilidade da conduta do agente, em razão de ter ceifado a vida de uma pessoa, não pode ser usado para agravar a pena do réu, sob pena da ocorrência de *bis in idem*, visto que referida justificativa já integra o tipo penal.
3. Apelo conhecido e parcialmente provido.

> PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO. RECURSO QUE DIFICULTOU OU TORNOU IMPOSSÍVEL A DEFESA (ART. 121, § 2º, IV, CP). DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS (ART. 593, III, D, CPP). LEGÍTIMA DEFESA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DECISÃO DOS JURADOS EMBASADA EM ELEMENTOS PROBATÓRIOS. SOBERANIA DOS VEREDICTOS. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRIBUNAL DO JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO POR RECURSO QUE IMPOSSIBILITOU A DEFESA DA VÍTIMA. TRIBUNAL DO JÚRI. EXCLUDENTE DA LEGÍTIMA DEFESA NÃO ACOLHIDA PELO CONSELHO DE SENTENÇA. CONDENAÇÃO. RECURSO APELATÓRIO. FUNDAMENTO. I - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. ARGUMENTO IMPROCEDENTE. OPÇÃO DOS JURADOS PELA VERSÃO DO 121 § 2º IV CP, 593 III CPP
> (14522 RN 2011.001452-2, Relator: Desª. Maria Zeneide Bezerra, Data de Julgamento: 03/05/2011, Câmara Criminal)

> PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PERDIMENTO DE BENS. VEÍCULO DE PROPRIEDADE DO RÉU. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA UTILIZAÇÃO COSTUMEIRA DOS BENS PARA A PRÁTICA DA ATIVIDADE ILÍCITA. PRECEDENTES.1. A decretação de perdimento de bens depende da comprovação de que o bem apreendido é habitualmente utilizado para a prática da atividade ilícita, o que não restou evidenciado na espécie, sendo irrelevante ser o mesmo de propriedade do condenado. DOSIMETRIA DA PENA. MOTIVO DO CRIME. OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL. ELEMENTAR DO PRÓPRIO TIPO. 1. Descabe utilizar a intenção de obter lucro fácil como fundamentação para elevar a pena base do crime de tráfico de drogas, pois tal circunstância é inerente ao próprio tipo penal. 2. Agravo a que se nega provimento. (940329 PR 2007/0071734-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 03/02/2011, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2011).

Assim, hão também que ser afastadas as graves circunstâncias em que cometido o delito (mediante grave ameaça) porque inerente ao próprio tipo penal. Ressalto, por oportuno, não vislumbrar no trecho acima colacionado tenha a Magistrada considerado o motivo do crime como circunstância desfavorável ao réu, não obstante haja mencionado que "Inexistem motivos para a prática do crime, a não ser a ânsia de se apropriar do patrimônio alheio".

Dessa forma, acolhe-se essa razão recursal expendida – fixação da pena-base exacerbada – afastando-se do cálculo dosimétrico os maus antecedentes e as desfavoráveis circunstâncias em que cometido o crime.

Portanto, partindo da análise das circunstâncias judiciais levada a efeito na sentença primeva, afastadas nesse momento as mencionadas circunstâncias antes consideradas desfavoráveis, fixo a pena-base em quatro anos e seis meses de reclusão.

E, ausentes atenuantes e agravantes, aumento em 1/3 (um terço) por força do previsto no art. 157, §2º, I, do Código Penal Brasileiro (uma vez comprovado que os agentes ameaçaram a vítima fazendo uso de arma de fogo), totalizando-a em 6 anos de reclusão, à míngua de outras causas modificadoras do *quantum* ora fixado. Decorre disso o cumprimento da pena em regime inicialmente semiaberto, uma vez que não se vislumbram motivos para imposição de regime mais gravoso.

Quanto à argumentação de ausência de potencial lesivo da arma a impedir o reconhecimento da majorante prevista no art. 157, § 2º, I, do Código Penal Brasileiro, há que ser observado que a majoração de pena, em casos de roubo mediante uso de arma, prescinde de sua apreensão e de ser submetida à perícia, sendo que, uma vez alegada ausência de potencial lesivo, cabe à parte que a alega comprová-la. Nesse sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO E EM CONCURSO DE PESSOAS (ART. 157, § 2º, I). DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTE DO PLENO. ORDEM DENEGADA.
> I. A apreensão da arma de fogo no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que sua efetiva utilização pode ser demonstrada por outros meios de prova (Precedentes: HC 96099/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENÁRIO, DJe 5.6.2009).
> II. É assente na Corte que: "PENAL E PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. ROUBO COM EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, § 2º, I). DESNECESSIDADE DA APREENSÃO E PERÍCIA DA ARMA PARA CARACTERIZAR A CAUSA DE AUMENTO DE PENA. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER COMPROVADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. PRECEDENTE DO PLENÁRIO. ORDEM DENEGADA.
> 1. A perícia da arma de fogo no afã de justificar a causa de aumento de pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, não é necessária nas hipóteses em que o seu potencial lesivo pode ser demonstrado por outros meios de prova (Precedente: HC 96099/RS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PLENÁRIO, DJe 5.6.2009).
> 2. É cediço na Corte que: "ROUBO QUALIFICADO PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. APREENSÃO E PERÍCIA PARA A COMPROVAÇÃO DE SEU POTENCIAL OFENSIVO. DESNECESSIDADE. CIRCUNSTÂNCIA QUE PODE SER EVIDENCIADA POR OUTROS MEIOS DE PROVA. ORDEM DENEGADA.157§ 2ºICP: HC 96099/ RS157§ 2ºICP: HC 96099/RS. I - Não se mostra necessária a apreensão e perícia da arma de fogo empregada no roubo para comprovar o seu potencial lesivo, visto que tal qualidade integra a própria natureza do artefato. II - Lesividade do instrumento que se encontra *in re ipsa*. III - A qualificadora do art. 157, § 2º, I, do Código Penal, pode ser evidenciada

por qualquer meio de prova, em especial pela palavra da vítima - reduzida à impossibilidade de resistência pelo agente - ou pelo depoimento de testemunha presencial.157 § 2º I Código Penal. IV - Se o acusado alegar o contrário ou sustentar a ausência de potencial lesivo da arma empregada para intimidar a vítima, será dele o ônus de produzir tal prova, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal.156 Código de Processo Penal. V - A arma de fogo, mesmo que não tenha o poder de disparar projéteis, pode ser empregada como instrumento contundente, apto a produzir lesões graves. VI - Hipótese que não guarda correspondência com o roubo praticado com arma de brinquedo. VII - Precedente do STF. VIII - Ordem indeferida." (Precedentes de ambas as Turmas: HC 104368/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, PRIMEIRA TURMA, DJe 03/09/2010; RHC 103544/DF, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/06/2010; HC 100187/MG, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/04/2010; HC 104488/RS, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/02/2011, DJe 09/03/2011; HC 98792/SP, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/11/2010, DJe 01/02/2011; HC 103382/MS, Rel. Ministro JOAQUIM BARBOSA, julgado em 23/11/2010, DJe 01/02/2011; HC 95740/SP, Rel. Ministro CEZAR PELUSO, SEGUNDA TURMA, DJe 26/06/2009; HC 94023/RJ, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJe 04/12/2009; HC 104273/MS, Rel. Ministra ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 08/02/2011).

3. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) a materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida" (*in* Nucci, Guilherme de Souza - Código Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 7ª Edição, p. 691).

4. *In casu*, a decisão impugnada demonstra a existência nos autos de depoimentos testemunhais que comprovam a efetiva utilização da arma de fogo, não havendo que se afastar a aplicação da correspondente causa de aumento da pena, ainda que a arma não tenha sido apreendida, *verbis*: "PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. MAJORANTE. EMPREGO DE ARMA. CONFIGURAÇÃO. NÃO APREENSÃO. ART. 167 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Código Penal 157, § 2º,III CÓDIGO PENAL167 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL I - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido pela prova testemunhal quando tenham estes desaparecido, *ex vi* do art. 167 do Código de Processo Penal. II - Esse entendimento deve ser aplicado no que concerne à verificação de ocorrência ou não da majorante do emprego de arma no crime de roubo, caso contrário o cancelamento da Súmula 174 do STJ seria, em boa parte, inócuo.167, Código de Processo Penal. III - No caso concreto, há dúvida relevante sobre o motivo da não apreensão da arma de fogo, o que atrai a incidência do disposto no art. 167 do CPP. Dessa forma, existindo nos autos depoimentos testemunhais que comprovam a sua efetiva utilização, não há como afastar a aplicação da majorante. Ordem denegada." 5. Parecer do

> *parquet* pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada." (HC 104.722, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 04/05/11). III. A doutrina do tema assenta, *verbis*: "(...) a materialidade do roubo independe da apreensão de qualquer instrumento, assim como a prova da autoria pode ser concretizada pela simples, mas verossímil, palavra da vítima. Por isso, igualmente, para a configuração da causa de aumento (utilização de arma), bastam elementos convincentes extraídos dos autos, ainda que a arma não seja apreendida" (*in* Nucci, Guilherme de Souza - Código Penal Comentado, Revista dos Tribunais, 7ª Edição, p. 691). IV. *In casu*, a insurgência é tão-somente pela circunstância de a arma não ter sido submetida à perícia técnica, porquanto é incontroversa sua utilização no roubo e posterior apreensão na residência dos denunciados, acrescentando ainda que um deles afirmou tê-la utilizado e que ela pertencia ao comparsa, sendo certo também que foi realizado o exame de potencialidade lesiva, chegando-se à conclusão de que estava em bom estado de uso e, consequentemente, apta a intimidar a vítima e a quebrar sua resistência. V. Ordem denegada.167 CPP Código Penal (111839 MT , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 22/05/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-118 DIVULG 15-06-2012 PUBLIC 18-06-2012).

No caso concreto, tem-se por certa a grave ameaça perpetrada contra as vítimas e, por consequência, maior grau de intimidação a impedir-lhes qualquer reação. Certo também que não há nos autos comprovação da alegada ausência de potencial ofensivo da arma utilizada para o crime, portanto, há que ser mantida a condenação nos termos em que exarada – art. 157, §2º, I, do Código Penal Brasileiro.

Ressalto, por oportuno, que não observei motivos para o afastamento da majorante prevista no art. 157, §2º, II, do Código Penal Brasileiro – concurso de agentes. Isso porque, apesar de o contexto probatório não permitir a condenação dos corréus de molde a demonstrar que com eles se configurou a coautoria, certo é que Hélio Leite Silva praticou o roubo em concurso com dois outros agentes, em tese, não identificados. No entanto, observando que o recurso ofertado pelo Ministério Público restringiu-se à pessoa de Francisco Rafael da Silva Alves e considerando o consagrado princípio *non reformatio in pejus*, mantém-se a condenação do apelante por roubo nos termos em que exarada – art. 157, § 2º, I, do Código Penal Brasileiro, observado, ainda, o fato de que, por este ato, declara-se extinta a punibilidade concernente ao crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Por fim, quanto ao pleito de aplicação do princípio da insignificância relativo à conduta de uso de substância entorpecente, resta prejudicada a sua análise em razão do reconhecimento da ocorrência do instituto da prescrição.

ISSO POSTO, não obstante o parecer da Procuradoria de Justiça, conheço dos recursos e, preliminarmente, reconheço a ocorrência da prescrição superveniente para declarar, *ex officio*, extinta a punibilidade do apelante Hélio Leite Silva, nos termos do art. 107, IV, primeira figura, c/c art. 110, § 1º, do Código Penal Brasileiro, art. 30 da Lei nº 11.343/2006 e 61 do Estatuto Processual Penal. Outrossim,

dou parcial provimento ao recurso por ele interposto, modificando a pena privativa de liberdade antes imposta para seis anos de reclusão em regime inicialmente semiaberto. Por fim, nego provimento ao recurso interposto pelo Ministério Público, mantendo a absolvição prolatada em nome de Francisco Rafael da Silva Alves.

É como voto.

Fortaleza, 10 de dezembro de 2012.

APELAÇÃO CRIME Nº 0036576-35.2012.8.06.0064
APELANTE: FRANCISCA ROBERTA DO NASCIMENTO
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. INFRAÇÃO AO art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, c/c o art. 12, da Lei nº 10.826/2003. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO CONTRA A DOSIMETRIA DA PENA IMPOSTA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE JUSTIFICADA NAS CIRCUNSTANCIAS DO CRIME. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA NÃO CONSIDERADA NA SENTENÇA. ACOLHIMENTO DO APELO NO TÓPICO. REDUÇÃO DA PENA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA SEMIABERTO CONSONANTE COM AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, DO CP. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Diversamente do que argui defesa, a Juíza monocrática, ao discorrer sobre a primeira fase do processo trifásico do cálculo da pena, avaliou efetivamente como desfavoráveis as circunstâncias do crime, ressaltando a quantidade e o alto poder destrutivo das drogas apreendidas: treze pedras de "crack", razão por que arbitrou a pena-base um ano e oito meses acima do patamar mínimo previsto para o tipo penal, não avultando a majoração como demasiada ou desproporcional para a hipótese, haja vista que a pena-base para o tipo penal infringido pode variar de cinco a quinze anos de reclusão, e, bem assim, que, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida devem preponderar sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, *ex vi* do art. 42, da Lei nº 11.343/2006

2. Pertinente à atenuante obrigatória da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do CP), melhor sorte assiste à recorrente, uma vez que, de fato, esta contava com menos de vinte um anos ao tempo do crime, circunstância que não foi considerada pela Juíza sentenciante em seu *decisum*, impondo-se o acolhimento do apelo no tópico, e, por corolário, o novo cálculo da pena a partir da segunda etapa de sua dosimetria.

3. Após a aplicação das atenuantes da confissão espontânea e

menoridade relativa, e, ainda, da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, reconhecida *ex officio* pela Juíza monocrática, obtém-se para o delito de tráfico de drogas a pena definitiva de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão, e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

4. Tendo em vista as ponderações levadas a efeito pela Juíza de primeiro grau a respeito das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, máxime com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, tenho que adequada para a hipótese a adoção do regime inicialmente semiaberto, o qual se mostra consentâneo com os ditames legais aplicáveis à espécie.

5. Ressalva-se, de ofício, o equívoco constante da sentença recorrida no que concerne à modalidade da reprimenda imposta pelo crime de posse irregular de munição: 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, quando, na verdade, o tipo penal prevê a pena de detenção, corrigenda a que se procede neste azo.

6. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0036576-35.2012.8.06.0064, da Comarca de Caucaia, em que é apelante Francisca Roberta do Nascimento, e apelado o Ministério Público do Estado do Ceará.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso apelatório, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo a pena imposta à apelante pelo delito de tráfico de drogas para 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, retificando a modalidade da pena pelo crime do art. 12, da Lei nº 10.826/2003, para 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cogita-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Francisca Roberta do Nascimento contra a sentença do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Caucaia que a julgou como incursa nas reprimendas do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, c/c o art. 12, da Lei nº 10.826/2003, aplicando-lhe, respectivamente, as penas de 4 (quatro) anos, 7 (sete) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa; e 1 (um) ano de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, fixando o regime inicialmente fechado para o seu cumprimento.

Em seu arrazoado, a recorrente se insurge exclusivamente contra a pena

que lhe foi imposta, postulando seja declarada a nulidade da sentença condenatória nesse tocante e procedida a uma nova dosimetria, primeiro, para reduzir a pena-base para o seu patamar mínimo, pois as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, lhe são favoráveis, e, segundo, para que sejam aplicadas todas as circunstâncias atenuantes existentes na espécie: da confissão espontânea e da menoridade relativa, destacando o fato de esta última ter sido olvidada pela Juíza *a quo,* inclusive, na redução concernente à pena de multa. Requer, por via de consequência, seja aplicado o regime inicial de pena semiaberto (fls. 92/94).

Contrarrazões da Representante do Ministério Público oficiante na Vara de origem no sentido de ser dado parcial provimento à apelação interposta, alterando-se apenas o regime de cumprimento da pena imposta à apelante para o semiaberto (fls. 106/109).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça lançou parecer pelo parcial provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a atenuante da menoridade e alterado o regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto (fls. 117/123).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do apelo intentado, passo à análise das matérias alçadas a julgamento perante esta Corte de Justiça.

Ab initio, saliento que a irresignação *sub oculi* está adstrita ao cálculo da dosimetria da pena efetuado pela Juíza *a quo* na sentença de primeiro grau, não havendo qualquer insurgência relativa à condenação da apelante.

Argumenta a defesa técnica essencialmente três pontos: a) que a pena-base fixada pela Judicante não guardou correspondência com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, as quais reputa favoráveis à recorrente; b) que a atenuante da menoridade relativa deixou de ser aplicada tanto na pena privativa de liberdade como na pena de multa; e c) que, em decorrência das aludidas correções, o regime inicial de cumprimento de pena cabível para a hipótese é o semiaberto.

Pois bem. Diversamente do que argui defesa, a Juíza monocrática, ao discorrer sobre a primeira fase do processo trifásico do cálculo da pena, avaliou efetivamente como desfavoráveis as circunstâncias do crime, ressaltando a quantidade e o alto poder destrutivo das drogas apreendidas: treze pedras de "crack", razão por que arbitrou a pena-base um ano e oito meses acima do patamar mínimo previsto para o tipo penal, não avultando a majoração como demasiada ou desproporcional para a hipótese, haja vista que a pena-base para o tipo penal infringido pode variar de cinco a quinze anos de reclusão, e, bem assim, que, na fixação das penas, a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida devem preponderar sobre o previsto no art. 59 do

Código Penal, *ex vi* do art. 42, da Lei nº 11.343/2006.[1]

Pertinente à atenuante obrigatória da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do CP), melhor sorte assiste à recorrente, uma vez que, de fato, esta contava com menos de vinte um anos ao tempo do crime (fls. 02, 14, 16, 20, 22 e 103), circunstância que não foi considerada pela Juíza sentenciante em seu *decisum*, impondo-se o acolhimento do apelo no tópico, e, por corolário, o novo cálculo da pena a partir da segunda etapa de sua dosimetria.

Aplicando para a atenuante em tela a mesma fração utilizada pela Juíza *a quo* com relação à atenuante da confissão espontânea, qual seja, um sexto, temos como resultado 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias.

Sobre esse *quantum* incide, ainda, a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, reconhecida *ex officio* pela Juíza monocrática, que adotou para o caso a fração redutora de um sexto. Ao final, obtém-se para o delito de tráfico de drogas a pena definitiva de 3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão.

A despeito de o referido montante autorizar seja estabelecido o regime aberto para o início do cumprimento da pena, não é peremptório quanto à sua determinação nem consubstancia direito subjetivo do réu a tal regime.

Deveras, na esteira do que preconiza o art. 33, § 3º, do CP, a determinação do regime prisional inicial faz-se com observância dos critérios previstos no art. 59, do CP. *In casu*, tendo em vista as ponderações levadas a efeito pela Juíza de primeiro grau a respeito das circunstâncias judiciais, máxime com relação à quantidade e natureza das drogas apreendidas, tenho que adequada para a hipótese a adoção do regime inicialmente semiaberto, mostrando-se consentâneo com os ditames legais aplicáveis à espécie, independentemente da previsão constante do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90.

Observe-se que o decote referente às sobreditas circunstâncias atenuantes e à causa especial de diminuição de pena também é devido sobre a pena pecuniária de multa, resultando de sua aplicação o total de 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa.

Relativamente à pena pelo crime de posse irregular de munição de arma de fogo de uso permitido (art. 12, da Lei nº 10.826/2003), não há maiores considerações a esgrimir, uma vez que a sanção foi arbitrada no mínimo legal previsto. Ressalva-se, todavia, de ofício, o equívoco constante da sentença recorrida no que concerne à modalidade da reprimenda imposta: 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, quando, na verdade, o tipo penal prevê a pena de detenção, corrigenda a que se procede neste azo.

Nessas condições, conheço do recurso interposto, para dar-lhe parcial provimento, reduzindo a pena imposta à apelante pelo delito de tráfico de drogas para

1 Art. 42, Lei 11.343/2006. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, **a natureza e a quantidade da substância ou do produto**, a personalidade e a conduta social do agente (**grifo nosso**).

3 (três) anos, 8 (oito) meses e 13 (treze) dias de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, e 350 (trezentos e cinquenta) dias-multa, retificando a modalidade da pena pelo crime do art. 12, da Lei nº 10.826/2003, para 1 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 18 de março de 2013

PROCESSO: 0036632-05.2011.8.06.0064- APELAÇÃO
APELANTE: RAIMUNDO NONATO RIBEIRO DE MORAIS
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

APELAÇÃO. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. ARMA DESMUNICIADA E DESMONTADA. IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. PERIGO ABSTRATO. DELITO CONFIGURADO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ERRO DE PROIBIÇÃO NÃO CONFIGURADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. IMPROVIMENTO.

1. A falta de potencialidade lesiva da arma desmuniciada e desmontada é situação que perdura até o momento em que se monta a arma e a municia. No momento do flagrante embora a arma estivesse desmuniciada e desmontada, encontrava-se a disposição do apelante, podendo dela dispor a qualquer momento. Daí porque os fatos atribuídos ao réu de portar arma desmontada e desmuniciada, narrados na peça inicial de acusação, configuram a conduta tipificada no art. 14 da Lei 10.826/03.

2. Para configuração do crime de porte ilegal de arma de fogo basta que o agente a porte sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar.

3. Quanto à alegação de desconhecimento da proibição de portar arma de fogo, não há que se falar em inevitabilidade ou impossibilidade de o apelante conhecer o teor na norma, vez que durante seu interrogatório, afirmou que tinha conhecimento das campanhas publicitárias em prol do desarmamento

4. Recurso conhecido e improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrante da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime,

conhecer do apelo, para lhe negar provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 4 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Raimundo Nonato Ribeiro de Morais contra sentença que o condenou pela prática da infração prevista no art.14, da Lei 10.826/03, com razões às fls. 102/110. A Defesa visa a absolvição do acusado, aduzindo atipicidade da conduta denunciada, salientando que a arma apreendida encontrava-se na ocasião desmuniciada e desmontada, o que não configuraria lesão ou perigo.

Nas contrarrazões ao recurso de apelação, às fls. 118/122, entende o representante do Ministério Público que os argumentos apresentados não restaram demonstrados, devendo a sentença combatida ser mantida em sua integralidade.

A Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 139/144, opina por negar provimento ao recurso.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Raimundo Nonato Ribeiro de Moraes foi denunciado como incurso nas sanções do art. 14 da Lei 10.826/03, pelos fatos descritos na inicial acusatória:

No dia 24 de agosto de 2011, por volta das 14h20min, policiais militares de serviço na viatura RP- 6572, realizando o patrulhamento preventivo na área da Catuana, avistaram o denunciado com um embrulho suspeito na garupa da moto, decidindo assim abordá-lo, verificando se tratar de 01 (uma) espingarda, cabo de madeira, tipo socadeira, cano longo, sem marca e numeração, que estava sendo portada sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Os policiais militares lograram em prender em flagrante o denunciado, na posse da arma.

O apelante foi condenado à pena de 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 24 (vinte e quatro) dias multa, pela prática do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03, sendo substituída a pena corporal, por duas restritivas de direito.

A Defesa visa a absolvição do acusado, aduzindo atipicidade da conduta denunciada, salientando que a arma apreendida encontrava-se na ocasião desmuniciada e desmontada, o que não configuraria lesão ou perigo.

Não assiste razão já que a falta de potencialidade lesiva da arma desmontada e desmuniciada é situação que perdura até o momento em que o agente a monta e a municia. No momento do flagrante embora a arma estivesse desmuniciada e desmontada,

encontrava-se a disposição do apelante, podendo dela dispor a qualquer momento. Daí porque os fatos atribuídos ao réu de portar arma desmontada e desmuniciada, narrados na peça inicial de acusação, configuram a conduta tipificada no art. 14 da Lei 10.826/03.

Visto o fato por este prisma, resulta falso pensar que não há potencialidade lesiva na arma desmontada, desmuniciada ou simplesmente munição sem a arma.

Há nos autos, prova segura e convincente que enseja a manutenção da sentença condenatória. A materialidade do delito vem demonstrada pelo Auto de Apreensão (fl. 17), pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 06/07), pelo Laudo Pericial (fls.46/48), bem como pela prova oral colhida. Da mesma forma, evidenciada está a autoria.

Por ocasião do interrogatório, o réu confessou a prática delitiva, ou seja, admitiu que estava portando uma espingarda, em plena via pública, quando foi abordado pelos policiais (fls. 86/87 – gravação em mídia). Por sua vez, os policiais militares, Francisco Jerizelton Rodrigues de Melo (fl.86/87 – gravação em mídia) e José Maria Nogueira da Silva (fls. 86/87 – gravação em mídia), em seus depoimentos em juízo, afirmaram uníssona e claramente que estavam em patrulhamento de rotina, quando avistaram um embrulho suspeito na garupa da moto conduzida pelo apelante. Por esta razão, o abordaram e constataram que ele portava uma espingarda cabo de madeira, tipo socadeira, cano longo, sem marca e numeração.

O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, consuma-se independentemente da ocorrência de efetivo prejuízo para a sociedade, e a probabilidade de vir a ocorrer algum dano é presumida pelo tipo penal. Além disso, o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, mas a segurança pública e a paz social, sendo irrelevante o fato de estar a arma de fogo municiada ou não, desmontada ou não.

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial:

> PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ARTIGO 14, *CAPUT*, DA LEI N. 10.826/2003. ARMA DESMUNICIADA E DESMONTADA. ALEGADA ATIPICIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. APREENSÃO CONCOMITANTE DE MUNIÇÃO E ACESSÓRIOS. CONFIGURAÇÃO DO DELITO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. RECURSO NÃO PROVIDO.
>
> Se o agente é flagrado com uma espingarda, munição e acessórios no interior do seu veículo, encontra-se configurado o delito do artigo 14, *caput*, da Lei n. 10.826/2003. Não se pode acolher, nesse contexto, a alegação de que a conduta foi atípica em decorrência de estar o artefato desmontado e desmuniciado no momento da apreensão. Na realidade, ainda que a arma não tivesse sido apreendida, a simples apreensão da munição e dos acessórios é suficiente para a configuração do aludido crime. Ademais, trata-se de delito de mera conduta, motivo pelo qual não se exige nenhum resultado para a sua consumação, o que torna prescindível esteja a arma montada, municiada e imediatamente apta para o uso.
>
> (TJ-SC - ACR: 316646 SC 2011.031664-6, Relator: Jorge Schaefer

Martins, Data de Julgamento: 12/09/2011, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Apelação Criminal n. , de Anchieta)

Insurge-se também a Defesa do acusado acerca da suposta existência de erro de proibição no caso em análise, sob a alegação de desconhecimento da proibição de portar arma de fogo. Tal alegação não lhe socorre. Não há que se falar em inevitabilidade ou impossibilidade de o apelante conhecer o teor na norma, vez que durante seu interrogatório, afirmou que tinha conhecimento das campanhas publicitárias em prol do desarmamento. (cf. fls. 86/87)

Ante o exposto, em consonância como parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, conheço do apelo, para negar-lhe provimento, nos termos da fundamentação supra.

É com o voto.

Fortaleza, 4 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 0464511-14.2011.8.06.0001 - FORTALEZA
APELANTE: JOSÉ RAFAEL DE SOUSA SALES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. LATROCÍNIO. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE HOUVE COAÇÃO NA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU E DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. VERSÃO ESCUSATÓRIA DESPROVIDA DE PLAUSIBILIDADE E QUE SE APRESENTA ISOLADA NOS AUTOS. ACERVO DE PROVAS QUE, SOMADO À CONFISSÃO DE AUTORIA DELITIVA PROFERIDA PELO RÉU NA FASE INQUISITIVA, DÁ ESTEIO À SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Malgrado a alegação do recorrente de que, no inquérito, fora coagido por policiais para assumir a autoria do crime *sub oculi,* deixou de fornecer elementos concretos que corroborassem sua assertiva, não se tendo desincumbido do ônus legal estatuído no art. 156, do CPP.

2. Afora não exsurgir dos fólios quaisquer indicativos que apontem para a sua afirmação, esta também se mostra desprovida de plausibilidade, na medida em que o apelante se dirigiu espontaneamente à Delegacia do 34º Distrito Policial, nesta Capital, que lá não foi detido e que sua versão escusatória somente foi apresentada em seu interrogatório em juízo, tendo silenciado a esse respeito na peça de defesa preliminar, em cujo bojo, inclusive, a defensora pública que laborou em seu favor insistiu para que fosse reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

3. A retratação expressada destoa solitária em meio ao acervo probante coligido aos autos, não havendo como se acolher a alegação isolada do réu de que, no momento do crime, estava em uma "bocada" usando droga, porquanto não trouxe quaisquer meios de prova a lhe dar amparo. De igual modo, a argumentação da defesa de que a prova colacionada é insuficiente para atribuir ao apelante um juízo condenatório não merece prosperar, diante da verossimilhança dos

elementos indiciários granjeados frente ao conjunto probatório produzido na *persecutio criminis,* cujo cotejo fornece os subsídios necessários para estruturar a convicção do Juízo *a quo* no sentido do provimento condenatório, conferindo segurança à decisão de identificar o réu como autor dos fatos que lhe foram imputados.
4. Recurso conhecido e improvido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0464511-14.2011.8.06.0001, de Fortaleza, em que é apelante José Rafael de Sousa Sales, e apelado o Ministério Público do Estado do Ceará.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer do presente recurso, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por JOSÉ RAFAEL DE SOUSA SALES contra a decisão do Juízo de Direito da 7ª Vara Criminal de Fortaleza que, julgando procedente a exordial acusatória, o condenou pela prática do crime previsto no art. 157, § 3º - parte final, do Código Penal brasileiro, c/c o art. 1º, inciso II, da Lei nº 8.072/90, aplicando-lhe a pena definitiva de 23 (vinte e três) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicialmente fechado, além do pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente.

O apelante, por meio da Defensoria Pública do Estado, argui que foi pressionado a assumir a responsabilidade pelo crime *sub examine*, mediante coação dos policiais presentes na fase inquisitiva, negando, porém, peremptoriamente, na esfera judicial, a autoria delitiva. Alega que "sua palavra basta para demonstrar sua não participação no fato criminoso", mormente "à míngua de prova legal e forte" em seu desfavor, impondo-se, em face da carência probatória, aplicar o princípio *in dubio pro reo*. Requer a reforma da sentença de primeira instância, a fim de que seja absolvido com arrimo no art. 386, inciso VII, do CPP, por não existir prova suficiente para a condenação (fls. 128/134).

Contrarrazoando o recurso, a representante do Ministério Público oficiante na Vara de origem pugna pela manutenção do decreto condenatório (fls. 137/145)

Instada à manifestação, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer pelo improvimento do recurso de apelação (fls. 157/161).

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade do vertente apelo, passo à análise da matéria alçada a julgamento perante esta Corte de Justiça.

De início, cumpre destacar que o interrogatório do réu e a prova testemunhal colhida em juízo foram registrados por meio de gravação de áudio e vídeo, estando coligidos aos autos através da mídia digital de fl. 100-verso.

Consoante assinalado na peça acusatória e reconhecido na sentença guerreada, no dia 07/10/2010, por volta das 09:00 h, a vítima, Raimundo Eurico de Bivar Lima, foi encontrada morta no interior de sua residência, localizada na Rua Instituto Ceará, nº 170, Bairro Benfica, nesta Capital, sendo o autor do delito José Rafael de Sousa Sales, ora apelante, o qual, na ocasião, subtraiu determinados bens da vítima no desiderato de conseguir recursos para a aquisição de entorpecentes para si.

Em seu arrazoado, a defesa técnica do recorrente argumenta, em suma, que a prova produzida no caderno processual não possui a força necessária para lhe irrogar um juízo condenatório, também não se prestando para esse fim sua confissão obtida na esfera policial, porquanto exarada mediante coação dos policiais presentes, impondo-se, defronte à afirmação negativa de autoria por ele sustentada na fase judicial, sua absolvição com arrimo no art. 386, inciso VII, do CPP.

A materialidade do crime é consubstanciada pelo laudo de exame cadavérico de fls. 64/65, e, bem assim, pelos depoimentos das testemunhas ouvidas no inquérito policial e em juízo, notadamente as declarações de Rita Maria de Lima, irmã da vítima, que testificam a subtração dos bens materiais pertencentes à vítima.

O réu/apelante, em seu interrogatório perante a autoridade policial, confessou a prática delituosa, afirmando que fora cobrar um débito de R$ 50,00 (cinquenta reais) que a vítima teria consigo, e, após uma discussão sobre o mencionado valor, tendo ela se negado a pagar, apoderou-se de um cinto e veio a enforcá-la fortemente até que viesse a óbito. Em seguida, para compensar a dívida, subtraiu um computador completo, um notebook, e saiu da residência da vítima (fls. 12/13 e 24/25). No âmbito judicial, todavia, negou a autoria do crime, aduzindo que sua confissão fora conseguida através de coação física e psicológica efetuada pelos policiais presentes.

Concernente aos elementos de prova amealhados na instrução criminal, registram-se depoimentos colhidos em juízo segundo os quais a vítima declarara anteriormente para as respectivas testemunhas que o réu, em certa ocasião, subtraíra um aparelho DVD de sua propriedade, e, em outra oportunidade, um aparelho celular, ocorrendo de a vítima, quanto a este último bem, para que pudesse reaver seu "chip", ter pago ao acusado a quantia de R$ 20,00 (vinte reais), apesar de este cobrar R$ 70,00 (setenta reais) para a devolução, remanescendo por tal um "débito" de R$ 50,00 (cinquenta reais) da vítima para consigo.

Consta, outrossim, conforme afirmou a testemunha Carlos Eduardo Batista da Silva, que, em data pretérita, o incriminado já havia ameaçado matar a vítima para

retirar-lhe os pertences, declaração essa que, no entanto, não foi levada a sério pelas pessoas que dela tomaram conhecimento, apesar de a vítima ter ficado apreensiva com a notícia. Referida testemunha asseverou, ainda, que o réu praticava pequenos furtos no passado para manter seu vício em entorpecentes.

Pois bem. Malgrado a alegação do recorrente de que, no inquérito, fora coagido por policiais para assumir a autoria do crime *sub oculi,* deixou de fornecer elementos concretos que corroborassem sua assertiva, não tendo, desse modo, se desincumbido do ônus legal estatuído no art. 156, do CPP.[1]

Anote-se que, afora não exsurgir dos fólios quaisquer indicativos de que o réu fora compelido a confessar o delito, somente em seu interrogatório judicial referiu-se à citada coação, nada constando nesse sentido em sua defesa preliminar, em cuja peça, inclusive, a defensora pública que laborou em seu favor insistiu para que fosse reconhecida a atenuante da confissão espontânea.

Com efeito, a afirmação do apelante de que fora coagido a confessar o delito em tela mostra-se desprovida de plausibilidade, considerando que se dirigiu espontaneamente à Delegacia do 34º Distrito Policial, nesta Capital, que lá não foi detido e que silenciou a esse respeito na sua peça de defesa preliminar, apresentando sua versão escusatória unicamente em seu interrogatório em juízo.

A retratação expressada, entretanto, destoa solitária em meio ao acervo probante coligido aos autos, não havendo como se acolher a alegação isolada do réu de que, no momento do crime, estava em uma "bocada" usando droga, porquanto não trouxe quaisquer meios de prova a lhe dar amparo. De igual modo, a argumentação da defesa de que a prova colacionada é insuficiente para atribuir ao apelante um juízo condenatório não merece prosperar, diante da verossimilhança dos elementos indiciários granjeados frente ao conjunto probatório produzido na *persecutio criminis,* cujo cotejo fornece os subsídios necessários para estruturar a convicção do Juízo *a quo* no sentido do provimento condenatório, conferindo segurança à decisão de identificar o réu como autor dos fatos que lhe foram imputados.

Em casos que tais, a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça perfilha idêntica orientação, senão vejamos:

> **STJ –** PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, CP). CONDENAÇÃO. **DEPOIMENTO EXTRAJUDICIAL DO CORRÉU, RETRATADO EM JUÍZO. RATIFICAÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, COLHIDOSJUDICIALMENTE.POSSIBILIDADE.**DOSIMETRIADA PENA. CONSIDERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS

1 Art. 156 – do CPP. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

AO RÉU. AUSÊNCIA DE ABUSO OU FLAGRANTE ILEGALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA. NOVA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I. **A retratação de confissão extrajudicial, do corréu, em Juízo, por si só, não tem o condão de retirar o valor de seus depoimentos extrajudiciais, notadamente se estes são compatíveis com depoimentos testemunhais, colhidos à luz do contraditório, como esclarece o acórdão de 2º Grau.**

II. **Consoante a jurisprudência do STJ, "não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória. Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal"** (STJ, HC 115.255/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe de 09/08/2010)**.**

III. A alegação de que a delação extrajudicial do corréu foi obtida mediante tortura não encontra respaldo nos elementos contidos nos autos, de acordo com posicionamento firmado no Tribunal de origem. O acolhimento de afirmação em sentido contrário ensejaria o reexame do contexto fático-probatório da causa, o que encontra óbice na Súmula 7/STJ, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

IV. [*Omissis*]. V. [*Omissis*].

VI. Agravo Regimental desprovido. (Grifos nossos).

(AgRg no AREsp 277963/PE – Sexta Turma, Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Julgamento: 16/04/2013, Publicação: DJe 07/05/2013).

STJ – *HABEAS CORPUS*. ROUBO. **CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. CONDENAÇÃO COM BASE EM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE CONFIRMARAM A CONVICÇÃO DO JULGADOR. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.**

1. **Não configura ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa a condenação baseada em confissão extrajudicial retratada em juízo, corroborada por depoimentos colhidos na fase instrutória.**

2. **Embora não se admita a prolação do édito condenatório com base em elementos de convicção exclusivamente colhidos durante o inquérito policial, tal situação não se verifica na hipótese, já que o magistrado singular e o Tribunal de origem apoiaram-se também em elementos de prova colhidos no âmbito do devido processo legal**. [*Omissis*]. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada. (Grifos nossos).

(HC 115255/MS – Quinta Turma, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Julgamento: 20/05/2010, Publicação: DJe 09/08/2010).

STJ – *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSO PENAL. ROUBO. 1. **VALORAÇÃO DE CONFISSÃO EXTRAÍDA NA FASE POLICIAL PELA SENTENÇA. MAGISTRADO QUE SE FUNDA EM OUTRAS PROVAS PARA JUSTIFICAR A CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. NULIDADE INOCORRÊNCIA.** 2. DOSIMETRIA. PENA-BASE.

ELEVAÇÃO. MAUS ANTECEDENTES E CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. 3. EXPRESSÕES VAGAS E IMPRECISAS. USO PARA VALORAR NEGATIVAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. IMPOSSIBILIDADE. 4. ORDEM CONCEDIDA.

1. **Não há que se falar em nulidade se a sentença não se baseou exclusivamente em confissão realizada na fase policial pelo paciente, devidamente acompanhado de advogado, e retratada parcialmente em juízo, mas em outros elementos de prova, produzidos em contraditório penal.**

2. [*Omissis*]. 3. [*Omissis*].

4. Ordem concedida para redimensionar a pena aplicada ao paciente, fixando-a em 6 anos, 11 meses e 6 dias, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 19 dias-multa. (Grifos nossos).

(HC 53540/RJ – Sexta Turma, Relatora: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgamento: 06/08/2009, Publicação: DJe 31/08/2009).

STJ – PENAL. RECURSO ESPECIAL. **LATROCÍNIO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO EM JUÍZO. DECRETO CONDENATÓRIO COM BASE NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA AO ART. 200 DO CPP. NÃO-OCORRÊNCIA.** VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. RECURSO ESPECIAL. MEIO INADEQUADO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO NÃO-CONHECIDO.

1. **É possível a condenação com base em confissão extrajudicial quando em sintonia com os demais elementos do acervo fático-probatório.**

2. O recurso especial não é meio adequado para aduzir violação de princípios constitucionais.

3. A análise da pretensão recursal com o fito de absolvição demanda o reexame da matéria fático-probatória contida nos autos, procedimento defeso na instância especial. Incidência da Súmula 7/STJ.

4. Recurso não-conhecido. (Grifos nossos).

(REsp 957796/RS – Quinta Turma, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Julgamento: 02/06/2009, Publicação: DJe 29/06/2009).

Por todo o exposto, conheço do recurso apelatório, para negar-lhe provimento, em consonância com o parecer da Procuradoria Geral de Justiça.

É como voto.

Fortaleza, 10 de junho de 2013

PROCESSO - APELAÇÃO CRIME - 6749-84.2006.8.06.0000/0
ORIGEM: 1ª VARA DE DELITOS SOBRE O TRÁFICO E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA
APELANTE: FRANCISCA MARIA DE SOUSA
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO
RELATORA: DESA. FRANCISCA ADELINEIDE VIANA

EMENTA: APELAÇÃO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 12 DA LEI N°6368/76. CONDENAÇÃO. RECURSO DA DEFESA 1) PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 16 DA LEI Nº 6368/76. DESCABIMENTO. CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO EVIDENCIA A OCORRÊNCIA DO CRIME DE TRÁFICO. Recurso conhecido e desprovido. Modificação *ex officio* do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

1. Impossível a absolvição ou desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 16 da Lei 6368/76, ora pleiteadas, quando o contexto fático-probatório aponta para a ocorrência do crime de tráfico.

2. No caso, policiais militares adentraram a residência da apelante onde encontraram 26(vinte e seis) pedras de *crack*, além de saquinhos plásticos, comumente utilizados na embalagem de drogas, além de tesoura e quantia de R$66,00(sessenta e seis reais) trocados. Por ocasião de sua prisão, a ré confessou aos policiais que há três meses atuava no comércio de drogas por estar passando por dificuldades financeiras, fato também confessado perante a autoridade policial. Em Juízo, preferiu negar a versão ofertada, no entanto, sua confissão foi corroborada pelos depoimentos dos agentes policiais em Juízo, de cuja idoneidade não há razão para se duvidar.

3. Por outro lado, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores no sentido de que aos condenados por crimes de tráfico praticados sob a égide da Lei nº6368/76, é possibilitada a imposição de regime inicial diverso do fechado. Isso porque, o art. 2º, §1º da Lei nº 8.072/90, teve a inconstitucionalidade

declarada *incidenter tantum* pelo Supremo Tribunal Federal.
4. No caso em tela, a recorrente foi apenada com a reprimenda mínima – três anos de reclusão – demonstradas que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, lhe são favoráveis, impondo-se a fixação do regime aberto nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do mesmo diploma legal.
5. Nesse passo, impõe-se a substituição da pena, afastada na sentença primeva, também possibilitada após a declaração de inconstitucionalidade já referenciada. Nesse sentido são inúmeros os precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Assim, verificado que a apelante preenche os requisitos previstos no art. 44 do Estatuto Penal Punitivo, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.
6. Recurso conhecido e desprovido.
7. Modificação *ex officio* do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação nº6749-84.2006.8.06.0000/0**,** em face de sentença prolatada pela Excelentíssima Senhora Juíza de Direito da 1ª Vara de Delitos Sobre o Tráfico e Uso de Substâncias Entorpecentes da Comarca de Fortaleza, em que é apelante Francisca Maria de Sousa.

Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, à unanimidade, em conhecer do apelo, e negar-lhe provimento, e no entanto, modificar *ex officio,* o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direito, nos termos do voto da eminente Relatora.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013.

VOTO

Como relatado, trata-se de recurso apelatório interposto por Francisca Maria de Sousa, contra decisão pela qual restou condenada ao cumprimento de pena de três anos de reclusão, sob regime integralmente fechado, cumulada ao pagamento de cinqüenta dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 6368 /76.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso.

Restringe-se a insurgência ao pleito absolutório e, alternativamente a desclassificação da conduta para o uso de drogas – art. 16 da Lei n° 6368/76.

A materialidade e autoria estão devidamente provadas nos autos, esta na prova testemunhal colhida em Juízo, e aquela no auto de apresentação e apreensão de fl.15, nos laudos de constatação da droga provisório (fl.16) e definitivo (fl.49) e no próprio auto de prisão em flagrante.

Sobre a identificação da autoria e configuração do crime, vale destacar a decisão primeva:

> "Pelo que se contém no presente processo, foi a delatada, ora Ré, presa em flagrante, no dia 30.11.2004, por policiais do 12° DP, que após checarem informações da ocorrência de tráfico de drogas realizado na Travessa Mausoleo, n° 48, Granja Portugal, nesta capital, efetuaram a apreensão de 26 pedras de "crack" encontradas no bolso da bermuda da Ré, que estava no banheiro, da quantia de R$ 66,00(sessenta e seis reais) em cédulas de pequeno valor e moedas, uma tesoura, treze sacos plásticos pequenos, próprios para armazenar droga. Esse conjunto de elementos é indicativo de que naquela residência é realizada a mercancia da droga.
> Ouvida perante o reitor do inquérito a então indiciada afirmou ser proprietária da droga apreendida, que não era usuária de pedras de "crack" e estava apenas vendendo, sendo o valor de uma pedra oscilante entre R$4,50 e R$ 5,00 e, que estava traficando há apenas uns 2 ou 3 meses. Em Juízo, negou ser traficante dizendo que a droga apreendida era para seu uso e de seu marido, que é usuária de "crack" há 4 anos aproximadamente e que só havia confessado o crime por medo da polícia.
> Como se sabe, é frequente aos acusados alterarem, em Juízo, seu depoimento prestado, ainda sob o "peso" da flagrância do crime, no Auto de prisão, uma vez que, quando em juízo já tiveram tempo suficiente para urdir uma tese que lhes seja mais favorável.
> No caso sob exame não é diferente, a versão apresentada pela réu tem o claro propósito de tentar uma condenação por crime mais brando, pois não faz sentido a Ré, pessoa de poucos recursos conforme confessado em sua Defesa Prévia(fls.38/39), ter em depósito para seu uso aquela considerável quantidade de pedras de "crack" (26 pedras), pois, como consabido, tais pedras tem valor elevado, que oscila entre R$5,00 e R$ 10,00 cada uma. Noutro giro, a Ré confessou, perante os policiais militares e perante a autoridade civil, Ser traficante da mencionada substância entorpecente por estar passando por necessidade financeira."

A decisão colacionada está plenamente amparada na prova coligida aos autos. De fato, os policiais ouvidos em juízo, – Antônio Rubens Viana Ribeiro e (fls.67/67v) e Francisco Juliênio Lima Vasconcelos (fls.68/68v.), cuja transcrição acho desnecessária, afirmaram que, a partir de denúncias anônimas, adentraram a residência da ré e encontraram a droga e demais objetos descritos no auto de apresentação e apreensão. Muito embora duas testemunhas de defesa tenham afirmado que a acusada é usuária de drogas, como bem destacado pela Magistrada, ela confessou ser traficante

não só perante a autoridade policial, mas também aos agentes que efetuaram sua prisão, ouvidos em Juízo.

No que pertine à valoração dos depoimentos dos policiais, percebe-se que são idôneos, não havendo motivos para afastá-los. É de se destacar que, notadamente em casos de tráfico de drogas, a ação policial é indispensável ao deslinde do crime e por isso são os próprios agentes estatais os primeiros, muitas vezes os únicos, a ter contato com o fato criminoso de modo que, desconsiderar os depoimentos destes, sem se ter uma razão segura, seria simplesmente dificultar ou mesmo inviabilizar a apuração dos fatos, privilegiando-se, assim, a impunidade.

Acerca da matéria, colaciono a seguinte decisão:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA.
> 1. (...)
> 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes.
> 3. Ordem denegada.
> (STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 115.516 - SP (2008/0202455-3)- Relatora : Ministra Laurita Vaz).

Portanto, o conjunto de elementos, inclusive mencionado pela Magistrada, conforme destacado, autorizam o édito condenatório, não havendo em que se falar em absolvição ou desclassificação da conduta para o uso.

Outrossim, é pacífico o entendimento nos Tribunais Superiores no sentido de que é possível a fixação do regime inicial de cumprimento de pena diverso do fechado, nos casos de condenação pela prática do delito de tráfico cometido sob a égide da Lei nº 6368/76, desde que atendidos os requisitos previstos nos art. 33 §2º e 59 do Código Penal. Isso porque, em face da declaração pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n.º8.072/90, possibilitou-se, aos condenados por crimes hediondos ou equiparados, a fixação de quaisquer dos regimes prisionais legalmente previstos. É se de ressaltar, que de acordo com a nova redação conferida ao referido dispositivo legal pela Lei n.º11.464/07, editada posteriormente ao *decisum* vergastado, somente poderá atingir os casos posteriores à sua vigência, como reiteradamente vem orientando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

A seguir, destaco os seguintes julgados:

> *HABEAS CORPUS*. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º 6.368/76.

OBSERVÂNCIA DO ART. 33, § 2.º, ALÍNEA C, DO CP. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. ADMISSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.
1. Verificado que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes foi cometido sob a égide da Lei nº. 6.368/76, a previsão constante da Lei nº. 11.464/07, a qual, estabelece o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicial fechado, independentemente do *quantum* de pena aplicado, por ser, no particular, mais gravosa, não pode retroagir em prejuízo do réu, devendo indicar os critérios estabelecidos pelo art. 33, § 2.º, do Código Penal.
2. Excluído o único óbice à progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, consubstanciado no caráter especial dos rigores do regime integralmente fechado, não subsiste qualquer empecilho ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, desde que o acusado atenda os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal. Precedentes.
3. Concedida a ordem para restabelecer a sentença condenatória que fixou o regime inicial aberto para o cumprimento da pena e substituiu a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.
(STJ, HC 119487/RJ, Relatora Ministra LAURITA VAZ, T5 - Quinta Turma - j. 18/12/2008, p. 16/02/2009).

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI 6.368/76. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSIDERADA VEDADA PELA CORTE DE ORIGEM EM RAZÃO DA NATUREZA DA INFRAÇÃO. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. PERMUTA ADMISSÍVEL. PROIBIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 E DO ART. 44 DA NOVEL LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO.
1. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade incidental do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, que veda a progressão de regime nos casos de crimes hediondos ou equiparados, não mais subsiste o fundamento para impedir a substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos, quando atendidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, se o delito foi praticado ainda na vigência da Lei 6.368/76.
2. As vedações constantes no § 4º do art. 33 e no art. 44 da Lei 11.343/06, não são aplicáveis aos condenados pelo crime de tráfico de entorpecente praticado na vigência da antiga Lei de Tóxicos.
3. Recurso provido para determinar que o Tribunal *a quo* análise o preenchimento, pela recorrente, dos requisitos exigidos para a concessão da permuta nos termos do art. 44 do Código Penal.
(REsp 1015872/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 01/06/2009).

AGRAVO REGIMENTAL. *HABEAS CORPUS*. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CONDENAÇÃO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 6.368/1976.POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º,DA LEI N.

8.072/1990 PELO STF.
1. Deve ser mantida por seus próprios fundamentos a decisão consubstanciada no entendimento firme desta Corte de que, em razão da declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federaldo art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, em sua redação original, afixação do regime de cumprimento de pena, no caso de crime de tráfico de entorpecentes cometido antes da vigência da Lei n.11.464/2007, deve observar o disposto nos arts. 33 e 59 do Código Penal. (grifo nosso).
2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal considerou inconstitucional o art. 44 da Lei n. 11.343/2006 na parte em que veda a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos aos crimes previstos nos arts. 33, § 1º, e 34 a 37 dessa mesma lei. Nessa linha de entendimento, a Corte Suprema tem superado, também, a obrigatoriedade de cumprimento da pena por tráfico em regime inicial fechado, quando ausentes os requisitos que impõem o regime mais rigoroso. Esta Sexta Turma tem decidido no mesmo sentido.
3. Agravo regimental improvido.
(Processo: AgRg no HC 193220 SP 2010/0228870-9. Relator(a): Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR. Julgamento: 01/12/2011. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Publicação: DJe 19/12/2011).

Nesta Corte, a jurisprudência também é neste sentido:

PROCESSO Nº. 15711-87.2000.8.06.0071/1. APELAÇÃO CRIME. ORIGEM: 3ª VARA DA COMARCA DE CRATO APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO. APELADO: CÍCERO ADRIANO PEREIRA SILVA. RELATORA: DESA. MARIA ESTELA ARAGÃO BRILHANTE. EMENTA:
PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA. ENTORPECENTE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE INDICAM A PRÁTICA DA MERCANCIA. DELITO PRATICADO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº. 6368/76. POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA EM REGIME ABERTO, ASSIM COMO A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ENTENDIMENTO HODIERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTA CÂMARA CRIMINAL. RECURSO PROVIDO.
(TJCE. Órgão julgador: 2ª Câmara Criminal. Data do julgamento: 10/05/2010. Data de registro: 13/05/2010).

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO SOB A ÉGIDE DA LEI 6.368/76. IRRESIGNAÇÃO DA DEFESA. MODIFICAÇÃO REGIME PRISIONAL CABÍVEL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. POSSIBILIDADE. APELO CONHECIDO E PROVIDO.
1. Recorrente condenada à pena definitiva de 03 (três) anos de reclusão, a

ser cumprida em regime inicialmente fechado, com direito de recorrer em liberdade.
2.O crime foi praticado antes da vigência da Lei 11.464/2007, a significar que o critério para fixação do regime prisional é o do art. 33, § 2º, do CPB, diante da inconstitucionalidade declarada pelo STF do art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90.
3. Diante da quantidade de pena aplicada, a primariedade, os bons antecedentes e a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, modificado o regime de cumprimento de pena para o aberto, obedecendo às diretrizes do art. 33, § 2º, "c" e § 3º, do
Código Penal.
4. Preenchidos os critérios do art. 44 do Código Repressivo, substituída a sanção privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e limitação de fim de semana, cuja implementação caberá ao Juízo das execuções.
5. Recurso conhecido. Apelo provido.

EMENTA: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA À PENA DE 3 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO A SER CUMPRIDA EM REGIME FECHADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DA COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. EVIDENCIADA A PRÁTICA DAS CONDUTAS "ADQUIRIR" E "TRAZER CONSIGO" SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE QUE CAUSE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA, SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL, POSSIBILITADA SE MOSTRA A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO - ART. 12 DA LEI Nº. 6368/76 - PARA O DE USO PRÓPRIO - ART. 16 DO MENCIONADO DIPLOMA LEGAL. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. MODIFICAÇÃO. ENTENDIMENTO HODIERNO DO STJ. PRÁTICA DELITUOSA OCORRIDA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº. 6.368/76. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL CONSIDERADAS FAVORÁVEIS. PRECEDENTE DESTA 2ª CÂMARA CRIMINAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. LEI Nº 11.464/07 QUE DEU NOVA REDAÇÃO AO ART. 2º, §1º, DA LEI 8.072/90 (CRIMES HEDIONDOS). RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.
(TJCE- Apelação Criminal- PROCESSO Nº 15038-06.2006.8.06.0000/0 ORIGEM: 2ª VARA DE DELITOS SOBRE TRÁFICO E USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES DA COMARCA DE FORTALEZA - RELATORA: Des.Maria Estela Aragão Brilhante).

Assim, vê-se que a apelante foi apenada ao cumprimento de pena privativa de liberdade de três anos de reclusão, sendo que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, lhe foram consideradas favoráveis. Assim, atendidos os requisitos previstos no art. 33, §2º, "c" e 3º do Estatuto Penal Punitivo, impõe-se a modificação *ex officio* do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto. Nesse passo, em face de restarem atendidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal,

também faz-se mister a substituição da pena reclusiva por 2 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, ambas pelo mesmo prazo da reprimenda imposta, a primeira em local e horário a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução.

ISSO POSTO, em parcial consonância com o parecer da Procuradoria-Geral de Justiça, CONHEÇO do presente recurso, para denegar-lhe provimento, e, no entanto, modificar *ex officio* o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e substituir a pena reclusiva por duas restritivas de direito, consistentes em prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana, ambas pelo mesmo prazo da reprimenda imposta, a primeira em local e horário a serem estabelecidos pelo Juízo da Execução.

É como voto.

Fortaleza, 29 de outubro de 2013.

APELAÇÃO CRIME Nº 8430-94.2003.8.06.0000/1 - FORTALEZA
APELANTES: ELZO BALTAZAR DOS SANTOS E JOÃO RIBEIRO BATISTA
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA
RELATOR: DES. JOÃO BYRON DE FIGUEIRÊDO FROTA

EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. RECONHECIMENTO DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO PARA UM RÉU E TRIPLAMENTE QUALIFICADO PARA O OUTRO ACUSADO. RECURSOS DAS DEFESAS. PLEITOS DE SUBMISSÃO DOS APELANTES A NOVO JULGAMENTO. ALEGAÇÃO DE INIDONEIDADE DA PROVA PARA LEGITIMAR SUAS CONDENAÇÕES. INOCORRÊNCIA. ACERVO PROBATÓRIO COM SUBSTRATO FÁTICO BASTANTE PARA DAR ESTEIO AOS VEREDICTOS DOS JURADOS. DOSIMETRIA DAS PENAS. REDUÇÃO DA PENA IMPOSTA A UM DOS RECORRENTES POR VIOLAÇÃO DA SÚMULA Nº 444 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Malgrado as alegações das defesas técnicas dos apelantes, buscando impingir a pecha de inidoneidade ao acervo probatório coligido aos fólios, há elementos de prova bastantes para dar supedâneo à versão acolhida pelos jurados relativamente à autoria delituosa por parte de ambos os recorrentes, máxime considerando as declarações firmes e seguras da vítima ao detalhar o modo de execução do crime perpetrado contra si, corroboradas pelo depoimento de testemunha ocular de parte dos fatos apurados.

2. Tratando-se de recurso das decisões do Tribunal do Júri, 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 esteio à realização de um segundo julgamento.

3. 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,* porém, constata-se haver grande verossimilhança entre o acervo probante e as deliberações do Tribunal do Júri..

4. A dosimetria da pena imposta ao apelante João Ribeiro Batista mostra-se escorreita em todas as suas etapas. Todavia, com relação ao recorrente Elzo Baltazar dos Santos, sentenciado nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, divisa-se a necessidade de retificação de sua pena-base, porquanto o Juízo *a quo* a recrudesceu em um ano acima do mínimo legal, em face de seus antecedentes "que não são bons", apesar de não apontar qualquer condenação penal anterior transitada em julgado que registrasse contra si. Assim procedendo, desatendeu o Judicante ao disposto na Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça.

5. Recurso parcialmente provido. Decisão unânime.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 8430-94.2003.8.06.0000/1, da Comarca de Fortaleza, em que são apelantes Elzo Baltazar dos Santos e João Ribeiro Batista, e apelada a Justiça Pública.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Ceará, à unanimidade de votos, em conhecer dos recursos intentados, para negar provimento ao apelo de João Ribeiro Batista, e dar parcial provimento ao de Elzo Baltazar dos Santos, reduzindo a pena deste para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

Cuida-se de recursos de Apelação Criminal interpostos por Elzo Baltazar dos Santos e João Ribeiro Batista contra as decisões do Quinto Tribunal Popular do Júri de Fortaleza que os condenaram pela prática do crime de homicídio qualificado tentado contra a pessoa de Gilberto Alves da Silva, incursionando o primeiro no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal brasileiro, e o segundo no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, inciso II, do mesmo Códex, sendo-lhes aplicadas, respectivamente, as penas de: 10 (dez) anos de reclusão; e 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, cujo cumprimento deverá ser iniciado no regime fechado.

Elzo Baltazar dos Santos, por intermédio de advogado constituído, sustenta a tese de negativa de autoria, arguindo que a decisão dos jurados não encontra apoio na prova, e que seus antecedentes não poderiam servir de base para a condenação. Afirma,

também, que a testemunha Francisco Carlos Sousa Gomes apresentou duas versões para o mesmo caso, não havendo como saber qual a verdadeira história dos fatos, e que há divergência entre as declarações da vítima Gilberto Alves da Silva e os depoimentos dos policiais militares colhidos na fase inquisitiva. Pugna seja submetido a novo julgamento pelo Júri (fls. 418/421). João Ribeiro Batista, através da Defensoria Pública de Segundo Grau, alega que a decisão recorrida está destituída de qualquer apoio na prova produzida, não existindo nenhum indício ou prova convincente que possa ligá-lo ao delito em tela. Assevera que a declaração da vítima Gilberto Alves da Silva, de que seu algoz teria citado o nome do ora apelante, é imprecisa e consubstancia mera conjectura, devendo ser interpretada com parcimônia, dado o contexto da situação em que ela se encontrava: com ameaça de morte e tendente a ter uma percepção errônea dos fatos, mormente após ter recebido o chamado golpe "telefone". Requer seja sujeitado a novo julgamento pelo Júri (fls. 484/489).

Contrarrazoando os recursos, o Órgão Ministerial insta sejam estes improvidos, mantendo-se a condenação dos recorrentes (fls. 423/435 e 501/506).

Com vista dos autos, a Procuradoria Geral de Justiça ofereceu parecer no sentido de que se negue acolhimento aos termos dos apelos (fls. 513/518).

Tendo em vista a aposentadoria da eminente Relatora originária, e, bem assim, da insigne Desembargadora que a sucedeu na relatoria, restou o feito redistribuído por encaminhamento a este Signatário (fls. 456, 459/460).

É, em síntese, o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos intentados, passo à análise das matérias alçadas a julgamento perante esta instância recursal.

Elzo Baltazar dos Santos nega a autoria do crime que lhe foi irrogado, aduzindo que seus antecedentes não poderiam servir de base para a condenação. Afirma, outrossim, inconsistência nos depoimentos da testemunha Francisco Carlos Sousa Gomes, e divergência entre as declarações da vítima Gilberto Alves da Silva e os testemunhos dos policiais militares ouvidos no procedimento inquisitivo. João Ribeiro Batista alega que não existe nenhum indício ou prova convincente que possa ligá-lo ao crime *sub oculi,* devendo ser interpretada com parcimônia a declaração da vítima Gilberto Alves da Silva de que seu algoz teria citado o nome do ora apelante, declaração essa que reputa ser imprecisa e fruto de mera conjectura, decorrendo de sua percepção errônea dos fatos, pelo contexto da situação em que se encontrava frente a seu algoz.

Consoante a proposição acusatória, os réus/apelantes, em perfeito vínculo psicológico de coparticipação, tentaram contra a vida de Gilberto Alves da Silva, não se consumando o delito por circunstâncias alheias às suas vontades. A ação ilícita fora executada por Elzo Baltazar dos Santos, a mando de João Ribeiro Batista, no dia 20/05/1995, por volta das 21:00 h, na Avenida Santos Dumont, perto de um posto de

gasolina, depois do "Morro do Gengibre", nesta Capital.

A materialidade delitiva é comprovada pelo auto de exame de sanidade realizado no ofendido (fl. 28), onde se atesta debilidade/deformidade permanente decorrente de lesão no cotovelo direito, além de outras lesões que ocasionaram cicatrizes no joelho direito, perna direita e coxa esquerda.

Com relação à sua autoria, a vítima, Gilberto Alves da Silva, descrevendo a dinâmica do sinistro com minudência e de maneira uniforme tanto na fase inquisitiva quanto judicial (fls. 11/15 e 222/226), asseverou que, no dia dos fatos, fora sequestrado, violentamente e de inopino, por Elzo Baltazar dos Santos, conhecido sob a alcunha de "Gigante", juntamente com terceiros, sendo levado para local ermo situado nos morros da Praia do Futuro. Em sendo lá, sofreu ameaças mediante arma de fogo apontada na sua direção por parte de "Gigante", que, em dado momento, disse que tinha sido procurado por João Ribeiro Batista para "fazer um serviço" na vítima, porque esta era acusada de tentar tomar o terreno daquele, e que tal serviço seria feito não por dinheiro, mas pela amizade que existia entre ele e a pessoa de João Ribeiro Batista. O ofendido declarou, ainda, que, cerca de duas semanas antes do ocorrido, o próprio João Ribeiro Batista o ameaçou dizendo que não lhe mataria, porém mandaria matá-lo se a vítima tentasse tomar o terreno que pertencia àquele.

Ednaldo de Sousa Costa, testemunha que, no dia dos fatos, foi indagado por Elzo Baltazar dos Santos, vulgo "Gigante", acerca do paradeiro da vítima, e que, pouco tempo depois, presenciou o momento em que esta foi colocada a força dentro de um carro, depôs em juízo conforme segue:

> "[...] quando já ia embora encontrou Gilberto já na oficina e contou para o mesmo homem havia voltado e perguntado por Gilberto; que Gilberto respondeu que se tratava de um policial conhecido do mesmo de nome "Gigante"; que o depoente quando terminou de avisar Gilberto de tal fato, novamente Gigante aparece, fez um sinal chamando Gilberto; que Gilberto foi ao encontro de Gigante e o depoente ficou observando de longe; que o depoente ficou a uns cem metros; que Gilberto passou a conversar com Gigante e de repente já viu Gigante batendo na cabeça de Gilberto com o cabo do revólver e neste momento colocou Gilberto a força dentro de um chevette azul; [...]que o carro deu partida com destino ao Parque do Coco; […] pode até a presente data identificar Gigante; que o depoente se preocupou com a presença de Gigante, pois o mesmo estava armado de revólver; que Gilberto disse para o depoente que ficasse tranquilo, pois Gigante era conhecido e era soldado do choque, isso Gilberto falou por duas vezes; que o depoente tomou conhecimento que o crime tinha sido praticado porque Gilberto era inquilino do João do bar e estava com os aluguéis e contas telefônicas atrasadas e também João do bar tomou conhecimento que Gilberto ia entrar com uma ação de usucapeão (sic) contra o mesmo, pois o terreno da oficina pertencia a municipalidade e João do bar era posseiro do mesmo; […] que conhece a pessoa de João Ribeiro Batista, entretanto a mesma é conhecida como João do bar; [...]" (fls. 194/195).

A defesa de Elzo Baltazar dos Santos não colacionou rol de testemunhas, e as duas relacionadas pelo advogado de João Ribeiro Batista nada acrescentaram sobre o crime em tablado, cingindo-se a abonar a conduta social do acusado (fls. 302/305).

Malgrado as alegações das defesas técnicas dos apelantes, buscando impingir a pecha de inidoneidade ao acervo probatório coligido aos fólios, conforme se percebe das referências supracitadas, há elementos de prova bastantes para dar supedâneo à versão acolhida pelos jurados relativamente à autoria delituosa por parte de ambos os recorrentes, máxime considerando as declarações firmes e seguras da vítima ao detalhar o modo de execução do crime perpetrado contra si, corroboradas pelo depoimento de testemunha ocular de parte dos fatos apurados.

Com efeito, tratando-se de recurso das decisões do Tribunal do Júri relativamente à orientação adotada 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 esteio 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,* porém, constata-se haver grande verossimilhança entre o acervo probante e as deliberações do Tribunal do Júri.

A jurisprudência nacional é pacífica sobre o tema, senão vejamos:

> STJ – *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO QUALIFICADO. 1. CONSELHO DE SENTENÇA QUE ACOLHEU TESE DE LEGÍTIMA DEFESA. ACÓRDÃO QUE DETERMINA A REALIZAÇÃO DE NOVO JULGAMENTO POR CONSIDERAR A SENTENÇA CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS. PLEITO DE RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. 2. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. **Não cabe aos tribunais analisar se os jurados decidiram bem ou mal, mas apenas verificar se a decisão do Tribunal Popular está completamente divorciada da prova dos autos. Isso porque reserva-se ao Júri a faculdade de apreciar os fatos e de, na hipótese de versões e teses porventura discrepantes, optar pela que lhe pareça mais razoável. Assim, ainda que existam duas versões amparadas pelo material probatório produzido nos autos, deve ser preservado o juízo feito pelos jurados no exercício de sua função constitucional.**
> 2. No caso, foram sustentadas duas versões defensivas, de desclassificação do delito e de legítima defesa, tese essa que foi acolhida pelo Conselho de Sentença e que se mostrou, segundo o Tribunal *a quo*, manifestamente contrária à prova dos autos.
> 3. *Habeas corpus* concedido para restabelecer a sentença. (Grifos nossos).
> (HC 201812/SP – Quinta Turma, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Julgamento: 07/08/2012, Publicação: DJe 16/08/2012).

STJ – PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. UTILIZAÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. NÃO CONHECIMENTO DO *WRIT*. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TRIBUNAL DO JÚRI. CRIME DE HOMICÍDIO SIMPLES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE. APELO DA ACUSAÇÃO. **ALEGAÇÃO DE VEREDICTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. INOCORRÊNCIA. TESE DEFENSIVA QUE ENCONTRA APOIO NOS AUTOS. DECISÃO DOS JURADOS QUE NÃO PODE SER TIDA COMO ABERRANTE OU DESABRIGADA DE QUALQUER INTERPRETAÇÃO RAZOÁVEL.** MANIFESTA ILEGALIDADE CONSTATADA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DA ORDEM, DE OFÍCIO

I. [*Omissis*]. II. [*Omissis*]. III. [*Omissis*]. IV. [*Omissis*]. V. [*Omissis*].

VI. **Nos processos de competência do Tribunal do Júri, o princípio do duplo grau de jurisdição (art. 5º, LV, da CF) deve coexistir com o princípio da soberania dos veredictos (art. 5º, XXXVIII, c, da CF), que importa em restrição ao poder de revisão das decisões de mérito. Assim, a anulação do julgamento, com fundamento na alínea d do inciso III do art. 593 do CPP - ou seja, quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária a prova dos autos -, restringe-se às hipóteses em que o Conselho de Sentença decide absolutamente divorciado do conjunto probatório, e não quando confere às provas interpretação divergente do Tribunal Togado, sob pena de violação do princípio constitucional da soberania dos veredictos do júri.**

VII. É sabido que o *habeas corpus*, remédio constitucional de rito célere e cognição sumária, não comporta incursão no âmbito probatório. Contudo, na espécie, a discussão acerca da existência de julgamento contrário à prova dos autos dispensa revolvimento probatório, bastando a mera leitura do acórdão impugnado. Precedentes do STJ.

VIII. **A versão apresentada pelo réu - de ter agido com intenção de lesionar e sem *animus necandi* - encontra substrato em elementos probatórios coligidos aos autos, pelo que inviável se mostra a anulação do julgamento, porque é dado ao Conselho de Sentença decidir de acordo com a sua íntima convicção. Precedentes do STJ.**

IX. **"Não há que se falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos se os jurados, diante de duas teses que sobressaem do conjunto probatório, optam por uma delas, exercitando, assim, a sua soberania, nos termos do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição da República.** Ordem concedida para anular o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (Apelação Criminal n.º 1.003.386.3/5) e restabelecer a sentença de primeiro grau". (STJ, HC 134.742/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 03/10/2011)

X. *Habeas corpus* não conhecido.

XI. Ordem concedida, de ofício, para cassar o acórdão impugnado, restabelecendo-se a decisão proferida pelo Conselho de Sentença, que, nos autos da Ação Penal 035.040.0060.937, desclassificara a conduta, de

> homicídio simples (art. 121 do CP) para lesão corporal seguida de morte (art. 129, § 3º, do CP), ficando a condenação limitada, porém, a 05 (cinco) anos de reclusão, para evitar *reformatio in pejus*. (Grifos nossos).
> (HC 128437/ES – Sexta Turma, Relatora: Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, Julgamento: 07/11/2012, Publicação: DJe 19/11/2012).

Tendo em vista que ambos os recorrentes interpuseram seus recursos com base no art. 593, III, alíneas "a", "b", "c" e "d", do CPP (fls. 406 e 417), nada obstante o conteúdo de seus arrazoados esteja adstrito à argumentação de serem as decisões dos respectivos Júris manifestamente contrárias à prova dos autos, cumpre examinar acerca dos tópicos aludidos.

Não avulta do caderno processual nenhuma nulidade posterior à sentença de pronúncia nem se revela a sentença do juiz presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados (alíneas "a" e "b"), remanescendo, pois, investigar sobre possível erro ou injustiça no tocante à aplicação das penas dos apelantes (alínea "c").

Concernente a João Ribeiro Batista, condenado nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, sua pena-base foi arbitrada no mínimo legal para o tipo, dispensando-se, assim, maiores aprofundamentos a respeito.

Na segunda fase de dosimetria da pena, não se vislumbra dissensão pelo emprego da segunda qualificadora do homicídio (surpresa) como circunstância agravante, conforme leciona escorreita doutrina e autoriza remansosa jurisprudência, sendo acrescido 1 (um) ano à pena-base.

Pertinente à causa de diminuição de pena da tentativa, aplicada na fração redutora mínima de 1/3 (um terço), igualmente desmerece reparo a sentença recorrida, considerando o *iter criminis* efetivamente percorrido pelo réu na fase executória do delito.

Ratifica-se, portanto, a pena de 8 (oito) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, aplicada a João Ribeiro Batista.

Com relação a Elzo Baltazar dos Santos, sentenciado nas tenazes do art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos do CP, diviso a necessidade de retificação de sua pena-base, porquanto o Juízo *a quo* a recrudesceu em um ano acima do mínimo legal "tendo em vista os antecedentes do réu que não são bons", apesar de não apontar qualquer condenação penal anterior transitada em julgado que registrasse contra si. Assim procedendo, desatendeu o Judicante ao disposto na Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, que preconiza que, ainda que houvesse inquéritos policiais e ações penais em curso em desfavor do acusado, é vedado agravar sua pena-base por esse motivo.

Tratando-se de recurso da defesa e inexistindo no provimento guerreado outras indicações para manter a elevação da pena-base, impõe-se reduzi-la ao mínimo legal previsto, qual seja: 12 (doze) anos.

Na segunda etapa do cálculo da pena, conserva-se o agravamento de um ano para cada qualificadora remanescente reconhecida pelos jurados (emprego de meio

cruel e surpresa), em virtude de sua concreta admissão pelas fontes do Direto Penal brasileiro, conforme já explicitado alhures.

Mantém-se, igualmente, a redução mínima de 1/3 (um terço), pela tentativa, uma vez que o réu executou todos os atos para a consecução de seu desiderato criminoso, resultando na pena definitiva de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado.

Por todo o exposto, conheço dos recursos apelatórios, para negar provimento ao apelo de João Ribeiro Batista, e dar parcial provimento ao de Elzo Baltazar dos Santos, reduzindo a pena deste para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicialmente fechado, nos termos do voto do Relator.

É como voto.

Fortaleza, 27 de maio de 2013.

PROCESSO: 0008609-35.2011.8.06.0101– APELAÇÃO
APELANTE: ALEXANDRE CARVALHO PONTES
APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. ABSOLVIÇÃO COM FUNDAMENTO DO "PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA". PEDIDO SUSBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI 10.826/03). IMPOSSIBILIDADE. CRIME DE MERA CONDUTA. PERIGO ABSTRATO CONFIGURADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REDUÇÃO. MEDIDA QUE SE IMPÕE. PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Sempre que o conjunto probatório reunido nos autos comprovar que o réu estava portando arma de fogo, na via pública, impossível a desclassificação da conduta para o delito do art. 12 da Lei 10.826/03.

Para a configuração do crime de porte ilegal de arma de fogo basta que o agente a porte sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Verificada na análise da primeira fase da operação dosimétrica que todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, impossível elevar a pena base para patamar acima do mínimo legal previsto para o tipo.

Recurso conhecido e parcialmente provido, tão somente para reduzir a pena base imposta ao apelante, em caráter definitivo, para dois anos de reclusão, mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de ação penal em que se interpõe apelação, ACORDAM os Desembargadores integrante da Turma Julgadora da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, conhecer do apelo, para lhe dar parcial provimento, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 04 de outubro de 2013.

RELATÓRIO

Apelação interposta por Alexandre Carvalho Pontes contra sentença que o condenou pela prática da infração prevista no art.14, da Lei 10.826/03, com razões às fls. 127/129.

Nas contrarrazões ao recurso de apelação, às fls. 133/136, entende o representante do Ministério Público que os argumentos apresentados não restaram demonstrados, devendo a sentença combatida ser mantida em sua integralidade.

A Procuradoria Geral de Justiça, às fls. 151/157, opina por negar provimento ao recurso.

Relatório, em síntese.

À douta revisão.

VOTO

Consta dos autos que no dia 02 de abril de 2011, por volta de 22:00h, o apelante Alexandre Carvalho Pontes foi preso em flagrante delito portando uma pistola calibre 380, sem possuir autorização para tanto, nas proximidades da Praça Três Climas, no Município de Itapipoca.

Julgada procedente a pretensão formulada na denúncia, através da r. sentença de fls. 109/115, o nobre julgador de primeiro grau condenou o réu nas sanções do art. 14 da Lei nº 10.826/03. Por consequência, foi aplicada a pena definitiva de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 24 (vinte e quatro) dias multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito.

Irresignado com a sentença, interpôs o presente recurso de apelação, pleiteando sua absolvição e o consequente arquivamento dos autos com fundamento no "Princípio da Insignificância".

Veja-se que o Supremo Tribunal Federal já consagrou o entendimento de que, para a aplicação do "Princípio da Insignificância", devem estar presentes, simultaneamente, os seguintes vetores: (a) mínima ofensividade da conduta do agente; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento do agente; (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada, inexistindo tais requisitos no presente caso.

Nesse sentido a orientação jurisprudencial:

> PENAL. *HABEAS CORPUS*. CONTRABANDO (ART. 334, *CAPUT*, DO CP). PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. NÃO-INCIDÊNCIA: AUSÊNCIA DE CUMULATIVIDADE DE SEUS REQUISITOS. PACIENTE REINCIDENTE. EXPRESSIVIDADE DO COMPORTAMENTO LESIVO. DELITO NÃO PURAMENTE FISCAL. TIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA. ORDEM DENEGADA.

> 1. **O princípio da insignificância incide quando presentes, cumulativamente, as seguintes condições objetivas: (a) mínima ofensividade da conduta do agente, (b) nenhuma periculosidade social da ação, (c) grau reduzido de reprovabilidade do comportamento, e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada.** Precedentes: HC 104403/SP, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 1/2/2011; HC 104117/MT, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJ de 26/10/2010; HC 96757/RS, rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJ de 4/12/2009; RHC 96813/RJ, rel. Min. Ellen Gracie, 2ª Turma, DJ de 24/4/2009)
> 2. O princípio da insignificância não se aplica quando se trata de paciente reincidente, porquanto não há que se falar em reduzido grau de reprovabilidade do comportamento lesivo. Precedentes: HC 107067, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJ de 26/5/2011; HC 96684/MS, Rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ de 23/11/2010; HC 103359/RS, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ªTurma, DJ 6/8/2010.
> 3. *In casu*, encontra-se em curso na Justiça Federal quatro processos-crime em desfavor da paciente, sendo certo que a mesma é reincidente, posto condenada em outra ação penal por fatos análogos.
> 4. Em se tratando de cigarro a mercadoria importada com elisão de impostos, há não apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos como a saúde e a atividade industrial internas, configurando-se contrabando, e não descaminho.
> 5. *In casu*, muito embora também haja sonegação de tributos com o ingresso de cigarros, trata-se de mercadoria sobre a qual incide proibição relativa, presentes as restrições dos órgãos de saúde nacionais.
> 6. A insignificância da conduta em razão de o valor do tributo sonegado ser inferior a R$ 10.000,00 (art. 20 da Lei nº 10.522/2002) não se aplica ao presente caso, posto não tratar-se de delito puramente fiscal.
> 7. Parecer do Ministério Público pela denegação da ordem.
> 8. Ordem denegada.
> (STF - HC: 100367 RS , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 09/08/2011, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 EMENT VOL-02582-01 PP-00189,) (grifei)

Por tratar-se de um crime de mera conduta, para a configuração do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, basta tão somente o simples ato de portar o artefato, que por si só, já coloca em risco a coletividade, até porque a ofensividade de uma arma não está apenas na sua capacidade de causar ferimentos graves ou morte, mas também no seu potencial de intimidação.

Requereu subsidiariamente o apelante a desclassificação do tipo delitivo para o previsto no art. 12 da Lei nº 10.823/2003, porém, no caso em tela, não se trata de posse de arma de fogo, mas sim de porte de arma de fogo.

Cumpre observar que há relevante diversidade entre porte e posse de arma de fogo. Para que se caracterize a posse, necessário se faz que a referida arma esteja no interior da residência ou no local de trabalho do agente. Já quando se fala em porte de arma de fogo, é suficiente que o sujeito a leve consigo em via pública sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inevitável, destarte, concluir

que o Réu efetivamente praticou o delito previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/03.

Quanto à dosimetria da pena verifica-se que na primeira fase da operação dosimétrica, o magistrado singular, no uso de sua discricionariedade vinculada, fixou a pena base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, portanto, 6 (seis) meses acima do mínimo legal, vez que lhe considerou desfavorável a culpabilidade. Entretanto, ao que cuido, não constitui fundamentação adequada considerar a culpabilidade desfavorável apenas pela alegação de que "O acusado estava com uma arma sem a necessária autorização para portá-la" (fl. 113).

Com efeito, o porte de arma sem a devida autorização legal é resultado do próprio tipo penal violado - art. 14 da Lei 10.823/2003: "**Portar**, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar" - sendo, portanto, circunstância necessária para a própria configuração do delito.

Dessa forma, consideradas favoráveis as demais circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, tenho que agiu com desacerto o magistrado sentenciante ao elevar a pena base acima do mínimo legal, razão porque a reduzo para 2 (dois) anos de reclusão, deixando de considerar a atenuante genérica prevista no art. 65, III, "d"- confissão, em razão de a pena ter sido aplicada no mínimo legal estabelecido para o tipo, nos termos do enunciado da súmula 231 do STJ, *verbis:* "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

Nesse sentido, a orientação jurisprudencial:

> APELAÇÃO. ART. 14, *CAPUT*, DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 12 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. VIA PÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO. Sempre que o conjunto probatório reunido nos autos comprovar que o réu estava portando arma de fogo de uso permitido em via pública, impossível operar-se a desclassificação da conduta para o delito descrito no art. 12 da Lei 10.826/2003. Tal delito descreve a conduta de quem estiver na posse de arma de fogo no interior de sua residência ou de seu local de trabalho, desde que seja o responsável legal pelo estabelecimento. Apelação da defesa improvida.
> (TJ-RS - ACR: 70048799019 RS , Relator: Gaspar Marques Batista, Data de Julgamento: 02/08/2012, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 16/08/2012)

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso, tão somente para reduzir a pena base imposta ao apelante para dois anos de reclusão, tornando-a definitiva mantida, no mais, a r. sentença de primeiro grau.

Fortaleza, 04 de outubro de 2013.

HABEAS CORPUS

PROCESSO: 0001973-94.2013.8.06.0000 – HABEAS CORPUS
IMPETRANTE : EVELINY PASSOS DE ALMEIDA LIMA
PACIENTE: ALEF DEYVISON REBOUÇAS SOARES
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE EUSÉBIO
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIME DE ROUBO QUALIFICADO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. INOCORRÊNCIA. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL E MANUTENÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. PEDIDO DE EXTENSÃO DE BENEFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE. PARTICIPAÇÕES DIVERSAS NA PRÁTICA DO CRIME. ORDEM DENEGADA.

01 - Presentes indícios da autoria e materialidade do crime, bem como a necessidade de garantia da ordem pública, a prisão cautelar deve ser mantida, principalmente quando as circunstâncias fáticas relacionadas ao crime demonstram a gravidade da conduta e a periculosidade exteriorizada pelo *modus operandi* com que agiu o paciente.

02 - Ademais, eventuais condições subjetivas favoráveis, como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e atividade laboral lícita, não são garantidoras da liberdade quando a manutenção da prisão se sustenta sob outros fundamentos.

03 – Embora o comparsa do paciente, tenha sido denunciado pelo mesmo crime e possua as mesmas condições pessoais, suas participações no crime foram diversas, situação que nos leva a dar tratamento diferenciado.

04 - 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, 8 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de pedido de habeas corpus impetrado por Eveliny Passos de Almeida Lima, em favor de Alef Dayvison Rebouças Soares.

Alega, em síntese, que o paciente foi preso em flagrante pela suposta prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CPB e que em virtude de sua prisão encontra-se sofrendo constrangimento ilegal, já que não estão presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, que justifiquem seu cárcere provisório, posto que o paciente é detentor de bons antecedentes, é réu primário, possui residência fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone a sua conduta social. Além disso, requer a extensão de benefício anteriormente concedido ao seu corréu, que teve a prisão preventiva revogada pelo juízo singular, tendo em vista que suas situações processuais e condições pessoais são semelhantes.

Informações prestadas às fls. 35/36, a douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela não concessão 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.

A impetrante requer a liberdade do paciente sob a alegação de que não estão presentes os requisitos autorizadores da custódia preventiva, que justifiquem seu cárcere provisório, posto que o mesmo é detentor de bons antecedentes, é réu primário, possui residência fixa no distrito da culpa, não existindo nada que desabone a sua conduta social, bem como, requer a extensão de benefício anteriormente concedido ao seu corréu, que teve a prisão preventiva revogada pelo juízo singular, tendo em vista que suas situações processuais e condições pessoais são semelhantes.

Sabe-se, que para a prisão preventiva ser decretada, nos moldes do art. 312 do Código de Processo Penal, é necessário que existam provas suficientes de autoria e materialidade.

No caso, além de comprovada a materialidade do delito e de indícios suficientes de autoria, deduzidos pelas provas testemunhais colhidas, a manutenção da prisão encontra-se devidamente justificada na garantia da ordem pública, mormente diante da gravidade do delito e da periculosidade exteriorizada pelo *modus operandi* com que agiu o paciente, que, utilizando-se de uma despropositada violência, fazendo uso de arma de fogo e em concurso com outros comparsas, subtraíram da vítima Carlos Eduardo da Costa Moura, a quantia de R$ 400,00 (quatrocentos reais), um notebook, um aparelho de telefone celular de marca sansung, um relógio e sua carteira com documentos e cartões de créditos, o que certamente é argumento mais que suficiente à manutenção da sua segregação cautelar.

Portanto, evidencia-se nos autos que o encarceramento do paciente

está alicerçado em fundamentos legais, de forma a não pairar dúvida quanto à sua conveniência e necessidade, sobretudo no resguardo da ordem pública.

A jurisprudência das Cortes Superiores tem admitido a prisão preventiva, quando a forma de execução revela a periculosidade do agente, circunstância que atrai a necessidade de preservar a paz social, senão vejamos:

> EMENTA: *HABEAS CORPUS*. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO E RESISTÊNCIA. QUALFICAÇÃO JURÍDICA DE FATO INCONTROVERSO. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA: PRESUNÇÃO DE AMEAÇA A TESTEMUNHAS. INIDONEIDADE. PERICULOSIDADE DO AGENTE EVIDENCIADA PELO *MODUS OPERANDI*. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS IRRELEVÂNCIA.
> 1. Apesar de o rito do *habeas corpus* não comportar reexame de fatos e provas, é possível operar-se, nessa via, a qualificação jurídica de fatos incontroversos. Precedentes.
> **2. Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade.**
> **3. Prisão cautelar para garantia da ordem pública. Periculosidade do réu evidenciada pelo *modus operandi* na prática do crime. Idoneidade. Precedentes.**
> **4. Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do artigo 312 do CPP.** Precedentes. Ordem denegada.
> (HC 98197, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/05/2009, DJe-121 DIVULG 30-06-2009 PUBLIC 01-07-2009 EMENT VOL-02367-04 PP-00693).

Por conseguinte, embora os acusados tenham sido presos pelo mesmo crime e possuam condições pessoais semelhantes, suas participações no crime foram diversas, situação que levou o juízo singular a dar tratamento diferenciado aos mesmos, senão vejamos:

> "(…) No entanto, o Douto Promotor de Justiça, de modo sábio, levantou em favor do requerente a argumentação de que caso o requerente seja solto, não terá, a princípio, contato direto com a vítima, em virtude da mesma não o ter reconhecido, não existindo, portanto motivos para manter a sua prisão preventiva(...) conclui-se que não se vê motivação suficiente para manter a segregação cautelar do acusado. Os fundamentos da preventiva não continuam válidos, diante da documentação acostada aos autos, bem como da versão que os demais acusados corroboram, afirmando que o requerente não participou da ação delituosa(...) ."

Vale ressaltar por oportuno que, embora o paciente seja primário, tenha bons antecedentes, residência fixa e ocupação definida, as condições pessoais favoráveis ao paciente não são suficientes para, por si sós, autorizar a revogação da prisão preventiva.

Nesse sentido:

> (...) 4. Condições pessoais favoráveis, não têm, em princípio, o condão de, por si sós, garantirem a concessão do direito de recorrer em liberdade, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da prisão, como ocorre *in casu*.
> 5. Ordem denegada.
> (HC 228.952/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 13/03/2012, DJe 22/03/2012).

Destaco, ainda, que a prisão para a garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal não se contrapõe ao princípio da presunção de inocência, porquanto tratar-se de prisão de cunho processual, cujo objetivo busca, além de salvaguardar a sociedade, garantindo-lhe a ordem, assegurar a futura aplicação da lei penal.

Portanto, à luz do que dos autos consta, denega-se a ordem em face da inexistência de constrangimento ilegal.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

PROCESSO: 0027243-23.2013.8.06.0000 - *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: FRANCISCO VENTURA BIZERRIL NETO (OAB/CE 10679)
PACIENTE: JAZIEL LUCAS DO CARMO ASSUNÇÃO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 18ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA
PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU RENITENTE EM PRÁTICAS CRIMINOSAS. ORDEM DENEGADA.

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 o *writ* e denegar a ordem impetrada, de conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, 6 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus, devidamente identificado à epigrafe, onde pretende o impetrante a revogação da prisão preventiva do paciente, esta decretada após a revogação de decisão que converteu sua prisão em flagrante em medida cautelar.

Argumenta-se, no azo, que a autoridade coatora fora induzida a erro pelas vítimas quando aduziram, equivocadamente, é o que diz, que o coacto respondia a outros processos criminais, circunstância motivadora de sua prisão preventiva.

Liminar indeferida, sendo requisitadas e prestadas as informações pela autoridade coatora.

A douta Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento parcial da ordem e, na extensão, pelo seu indeferimento.

É o relato.

VOTO

A defesa alega inexistência de motivação, suficiente, a ensejar a manutenção do paciente, carcer ad custodiam, asseverando que a autoridade coatora foi induzida a erro ao decretar a prisão que se pretende revogar.

Contudo, ao exame do que dos autos consta, a conclusão diversa se chega.

O paciente foi denunciado por ter, no dia 24 de fevereiro de 2013, companhia de outro e de arma em punho, invadido a residência de José Brasilino de Freitas Júnior, quando lá ocorria uma festa, tendo um dos agentes exigido a chave do carro do dono da casa, momento em que, ante a negativa, foram efetuados dois disparos que passaram "raspando" sua cabeça. No azo, foram tomados o colar e o relógio do Sr. José Brasilino, e no interior de suas residência, os demais presentes foram rendidos e tiveram seus bens arrebatados.

Dos informes prestados pelo judicante, página 174, se colhem dados sobre a vida ante acta do paciente, dando conta do seu envolvimento em outros crimes.

Mencionou o prolator da decisão que o acriminado além do delito que se apura, responde a outros como latrocínio e tráfico. De fato, não se cuida aqui de mera suposição ou periculosidade abstrata, mas de objetiva constatação que o paciente é renitente em condutas criminosas, circunstância, ao meu sentir, obstativa do deferimento da pretensão trazida à apreciação no writ.

Acresça-se que o paciente participou de crime deveras grave, tendo sido disparados tiros que passaram bem perto da cabeça da vítima, circunstância reveladora, ao meu sentir, de extremo desprezo pela incolumidade física alheia e da necessidade de retirá-lo de circulação para que se contribua para ordem pública.

A decisão denegatória de sua liberdade está bem fundamentada, não havendo ambiente processual a amparar a pretensão libertária esposada no writ.

Dessa forma, constatadas relevantes razões para que o réu permaneça detido, o seu encarceramento preserva o interesse público que está acima das garantias individuais.

Assim é que se conhece da ordem para denegá-la.

Fortaleza, 06 de maio de 2013

PROCESSO: 0028621-14.2013.8.06.0000 – *HABEAS CORPUS*
IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO CEARÁ
PACIENTE: MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA SILVA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA 1ª VARA DE DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS DA COMARCA DE FORTALEZA
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS* – PENAL E PROCESSUAL PENAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES – PRISÃO EM FLAGRANTE – ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE NO DECRETO PRISIONAL E SUBSIDIARIAMENTE SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO POR MEDIDAS CAUTELARES – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA RESTANDO, PORTANTO, VEDADO O EXAME DOS AUTOS PELO ÓRGÃO COLEGIADO SOB PENA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – ORDEM NÃO CONHECIDA.

1. Impossível o conhecimento do *writ* que pretende ser apreciado neste grau de jurisdição, não podendo o órgão *ad quem* usurpar a competência do juízo do 1º grau e substituí-la no exame da matéria, sob pena de supressão de instância.
2. Não consta nos autos a comprovação do pedido de concessão de liberdade submetido ao juízo da causa.
3. Ordem não conhecida.

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 não conhecer da impetração, tudo em conformidade com o voto do relator.

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de habeas corpus em que a paciente, ora suplicante, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA SILVA, presa pela suposta prática do crime de tráfico de entorpecentes, apontando como autoridade coatora o juízo de direito da 1ª Vara de

Delitos de Tráfico de Drogas da Comarca de Fortaleza/CE.

Em síntese, alega o impetrante que se verifica ilegalidade na prisão da paciente e subsidiariamente requer a substituição da prisão por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

A questão suscitada não foi submetida à apreciação do juízo de primeiro grau, configurando inadequação da via eleita.

Liminar indeferida às fls. 28, informações prestadas, a douta PGJ, em parecer de fls. 35/40 manifestou-se pelo não conhecimento da ordem impetrada .

É o relatório.

VOTO

Em vislumbre à exordial, à outra conclusão não se pode chegar, senão pelo não conhecimento do pedido.

Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor da paciente nominada, em que se requer a concessão de liberdade, benesse que não foi devidamente impetrada junto ao juízo de primeiro grau.

O impetrante sustenta que se verifica ilegalidade na prisão da paciente e subsidiariamente requer a substituição da prisão por medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.

Contudo, ao analisarmos o presente caderno processual, não se constata qualquer comprovação de que o pedido de concessão de liberdade, sob os argumentos acima expostos, tenha sido apreciado e indeferido pela autoridade coatora, circunstância que impede esta Turma de conhecer os argumentos da impetração, sob pena de se caracterizar supressão de instância, posto que estaria a Câmara se antecipando ao juiz natural do feito.

Assim, em que pese os argumentos trazidos, é imprescindível a provocação do julgador singular, que, além de estar mais próximo ao fato em si e as particularidades do feito, foi o responsável pela decretação da prisão preventiva, e, mediante a devida provocação, poderá reapreciar a matéria posta, melhor analisando a ilegalidade da prisão sustentada pela defesa.

A ordem não há de ser conhecida.

Nesse sentido, confira-se precedente:

> EMENTA**:** *HABEAS CORPUS*. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. RESISTÊNCIA. EXCESSO DE PRAZO NA FORMAÇÃO DA CULPA. AUSÊNCIA DE PROVOCAÇÃO DO JUÍZO SINGULAR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.
> Por certo que o HC recurso não é, mas artifício legal que visa coibir arbitrariedades, devendo trilhar um itinerário lógico, este estabelecido pela lei processual. Nada mais apropriado, pois, que o pedido de soltura seja dirigido antes a quem deu causa ao encarceramento, cuja manifestação

> enriquecerá a matéria tratada, até mesmo facilitando a compreensão dos fatos em eventual HC a esta Corte.
> HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> (*Habeas Corpus* Nº 70046331765, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em 24/11/2011)

Isso posto, à luz do que dos autos consta, não se conhece o pedido contido no presente habeas corpus**.**

Fortaleza, 8 de julho de 2013.

Nº 29315-56.2008.8.06.0000/0
HABEAS CORPUS (DE EUSÉBIO)
IMPETRANTES: PAULO ROBERTO MEDEIROS BRAUN, RUY LOPES PEREIRA E ANTÔNIO SATHLER GARCIA
PACIENTE: ERNANDES LOPES PEREIRA
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DE EUSÉBIO
RELATOR: DES. LUIZ GERARDO DE PONTES BRÍGIDO

-Habeas corpus.
-Manutenção, no ato pronuncial, da prisão ante tempus do réu, recolhido, desde o início do sumário, por força de preventiva.
-Custódia processual de muito bom aviso, seja pela persistência dos motivos autorizadores da medida extrema; seja pela inexistência de fato novo capaz de ensejar a revogação da segregação invectivada, que, nesse momento, ponha-se em relevo, prescinde de fundamentação inédita.
-O writ não é a sede adequada para a desclassificação do delito. O restrito campo cognitivo da ação constitucional não quadra, deveras, com o demorado exame da prova, algo imprescindível para a modificação da capitulação delitiva.
-Ordem denegada à unanimidade.

Vistos, relatados e discutidos os autos acima identificados.

1 – Autor de homicídio duplamente qualificado, o paciente, já nominado, encarcerado preventivamente desde o início do sumário, foi pronunciado e mantido preso pela autoridade grafada de coatora. Para os impetrantes, medida classificada de desnecessária a render ensejo, assim, por delineadora de coação ilegal, à concessão do habeas corpus para que, cassada a constrição cautelar, possa o coacto, primário e de bons antecedentes, aguardar solto o seu julgamento. Postulam, outrossim, a nulidade do feito desde o inquérito porquanto, é o que dizem, não houve dolo na ação do coacto e sim culpa strictu sensu pelo que ele, paciente, deve ser despronunciado e responder pelo crime de homicídio culposo.

Negada a liminar, coligidos os informes, opinou a PGJ pela denegação da ordem.

É o relatório.

2 – O paciente matou, na noite de 13 de agosto de 2008, dentro da sua residência, Rua Xaréu, Bairro Precabura, Eusébio, o delegado de polícia civil Cid

Peixoto do Amaral Júnior, com um tiro de pistola, disparado a curta distância, que atingiu a região fronto-temporal direita da vítima, sede de indiscutível letalidade, causando-lhe a imediata defunção.

A pronúncia é incensurável. E, de igual, a decisão que manteve confinado o paciente antes do julgamento pelo júri. Medida, ponha-se em relevo, verdadeiramente cautelar e inegavelmente necessária.

No processo penal o interesse do acusado subordina-se ao interesse público. E neste se inscreve, por óbvio, a garantia da ordem pública e da aplicação da lei penal. Foram sobreditas vertentes que estimularam, e justamente, o juiz da causa a manter a prisão, seja em razão da hediondez do crime, praticado sob as vistas da mãe da vítima, bem como sua repercussão e clamor público; seja pelo fato de o paciente, Procurador de Justiça aposentado, detentor, portanto, de uma condição financeira para lá de confortável, ter residência também no Estado do Amapá, local em que centraliza seus negócios no ramo da criação de gado.

Trecho do proferimento restritivo: "O acusado permaneceu preso durante a instrução criminal, por força de flagrante e preventiva de minha própria lavra, logo, não há qualquer razão para ser colocado em liberdade após pronúncia por indícios de hediondo crime. Portanto, nego-lhe o direito de recorrer em liberdade da presente decisão, devendo aguardar encarcerado a data a ser designada para realização da sessão de julgamento perante o Tribunal do Júri" (fl. s. 625).

De fato, "se o acusado foi preso em flagrante ou teve a prisão preventiva decretada, permanecendo recolhido ao longo da instrução, não há, via de regra, motivo para ser solto, justamente quando a pronúncia foi proferida", mormente se não há qualquer fato novo a ensejar a revogação da custódia (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. São Paulo : Revista os Tribunais, 5ª ed., 2006, p. 718).

De acrescentar-se, talvez ociosamente, diretiva posta em destaque pelo STJ, a quadrar, sob todos os conspectos, no caso sub examine:

> "Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, caso persistam os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, desnecessária se torna proceder à nova fundamentação quando da prolação da sentença de pronúncia, mormente quando inexistem fatos novos capazes de promover a soltura do acusado"
> (5ª T., HC 90.578/SP, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 19/12/2008).

Tangido o primeiro tópico da impetração, termina-se com a objetiva análise do segundo, por igual sem pujança jurídica.

Noção rasteira: "O habeas corpus não se presta ao exame de mérito" [da acusação] "com a valoração das provas, como se recurso fosse" (TJRJ, 7ª Câm., rel. Des. Alexandre H. P. Varella, RT v. 863, p. 687). A isto adita-se: no procedimento penal

por homicídio, da denúncia até o despacho de pronúncia, havendo dúvida quanto à presença do dolo na ação do réu, ela se resolve a favor da sociedade. O in dubio pro reo só há de prevalecer no julgamento popular. Refoge, então, ao limitado âmbito cognitivo do writ, a análise comparativa de fatos e depoimentos visando à desclassificação do ato punível. A definição da responsabilidade criminal tem sede própria: o Tribunal do Júri, juízo natural dos crimes contra a vida, em que, à luz das provas e contraprovas dos autos, se decidirá se o paciente agiu, ou não, dolosamente.

Por fim, "o instituto da tutela cautelar penal, que não veicula qualquer idéia de sanção, revela-se compatível com o princípio da não-culpabilidade" (STF, 1ª T, HC nº 67.707-RS, rel. Min. Celso de Mello, DJU 14-8-92, p. 12.225). Daí o entendimento consolidado de que "as circunstâncias de primariedade, residência e emprego, por si só, não ilidem a decretação da segregação provisória" (STJ, 5ª T, rel. Min. Scartezzini, DJU 11-10-93, p. 21.327).

Às claras, peticionamento sem ressonância.

3 – Do exposto, ACORDA a 1ª CÂMARA CRIMINAL do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ, à unanimidade de votos, em denegar a ordem impetrada, nos termos do voto do Relator.

Fortaleza, CE, 22 de abril de 2009.

PROCESSO: 0000991-80.2013.8.06.0000 - HABEAS CORPUS
IMPETRANTE: DANIEL BRUNO FERREIRA ROLIM (OAB/CE 26.335)
PACIENTE: ANTÔNIO GONÇALO DA COSTA NETO
IMPETRADO: JUIZ DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE CARIRIAÇU
RELATOR: DES. HAROLDO CORREIA DE OLIVEIRA MÁXIMO

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NEGATIVA AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. PACIENTE QUE RESPONDEU EM LIBERDADE OS TERMOS PROCESSUAIS. IRRELEVÂNCIA. DECISÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE QUE SOLTO VOLTE A DELINQUIR. GRAVIDADE DA CONDUTA. PRESENÇA DOS PRESSUPOSTOS DA PRISÃO PREVENTIVA. PARECER MINISTERIAL PELA DENEGAÇÃO DO *WRIT*. ORDEM DENEGADA.

01 – A prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, enquadrando-a em pelo menos um dos pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

02 - O fato de o paciente ter respondido em liberdade os termos da ação penal movida em seu desfavor, não lhe garante o direito de recorrer em liberdade se a prisão se justifica no resguardo à ordem pública, diante da evidenciada periculosidade social do sentenciado.

03 – No caso dos autos, o Juiz de primeiro grau, ao negar ao réu o direito de apelar em liberdade, decretando sua prisão preventiva, firmou seu posicionamento em elementos idôneos, abstraídos dos autos, notadamente em razão da concreta possibilidade de que solto volte ele a delinquir, considerando o fato de pesar sobre ele condenação definitiva pela prática de idêntico crime de tráfico de drogas, aliado à circunstância de que, as provas constantes dos autos indicaram que o paciente adotou o tráfico de entorpecentes como meio de vida.

04 - *Habeas corpus* denegado**.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de *Habeas Corpus*, acordam os Desembargadores da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, por votação unânime, em denegar a ordem impetrada, tudo em conformidade com o voto do Relator.

Fortaleza, CE, 6 de maio de 2013.

RELATÓRIO

Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Daniel Bruno Ferreira Rolim, em favor do paciente ANTÔNIO GONÇALO DA COSTA NETO, figurando como autoridade coatora o Juiz de Direito da Comarca de Caririaçu.

Nos termos da impetração, o paciente foi processado e condenado pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, à pena de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade, mesmo levando-se em consideração o fato de ter ele respondido todo o processo em liberdade.

Sustenta o impetrante, em síntese, a ocorrência de constrangimento ilegal ao argumento de que inexiste fundamentação idônea para que lhe seja negado o direito de aguardar, em liberdade, o processamento do recurso e o trânsito em julgado do processo.

Pugna-se, em liminar, e no mérito, pela revogação da prisão do paciente, garantindo-lhe o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação.

O pedido liminar restou indeferido (fl. 84).

Informações da autoridade impetrada às fls. 88/89.

Em parecer das fls. 119/123, opinou a douta Procuradoria Geral de Justiça pela denegação do *writ*.

É o relatório.

VOTO

Da análise dos autos, colhe-se que o paciente foi condenado à pena corporal de 18 (dezoito) anos e 8 (oito) meses e 17 (dezessete) dias de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos delitos tipificados nos artigos 33 e 35, da Lei nº 11.343/06, sendo-lhe vedado o direito de apelar em liberdade, mesmo levando-se em consideração o fato de ter ele respondido todo o processo em liberdade.

A sentença proferida pelo Juiz da Comarca de Caririaçu, na parte que interessa, amparou-se nos seguintes fundamentos para negar ao paciente o direito de

recorrer em liberdade, *litteris*:

> "Nego ao condenado o direito de recorrer em liberdade e determino sua prisão preventiva, com fundamento na garantia da ordem pública, primeiro porque os crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico são de elevada danosidade social; segundo porque, se a associação visa à prática reiterada do comércio de drogas, o reconhecimento de sua existência é inseparável da conclusão e o condenado tende a cometer novos crimes enquanto estiver livremente em contato com a rede de tráfico; e terceiro porque a reincidência criminosa no crime do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e a presente condenação também pelo art. 35, somadas a ausência de comprovação de ocupação lícita, indicam que o réu pratica tais crimes como meio de vida, circunstâncias que recomendam urgência no recolhimento no cárcere." (fl. 114)

Conforme se abstrai da r. sentença condenatória, o Juiz de primeiro grau, ao negar ao réu o direito de apelar em liberdade, decretando sua prisão preventiva, firmou seu posicionamento em elementos idôneos, abstraídos dos autos, notadamente em razão da concreta possibilidade de solto volte ele a delinquir, considerando o fato de pesar sobre ele condenação definitiva pela prática de idêntico crime de tráfico de drogas, aliado à circunstância de que, as provas constantes dos autos indicaram que o paciente adotou o tráfico de entorpecentes como meio de vida, tanto que não comprovou de forma satisfatória que retira seus sustento de ocupação lícita.

Como cediço, a prisão processual, tida como aquela que ocorre antes do trânsito em julgado da ação, somente é admitida quando calcada em elementos concretos constante dos autos, que demonstrem a sua real necessidade, enquadrando-se nos pressupostos previstos no art. 312 do CPP.

Vê-se, assim, que a condenação proferida pelo juízo singular, no ponto ora enfrentado, aponta concretamente hipóteses fáticas que se amoldam perfeitamente aos ditames constantes do art. 312 do Código de Processo Penal, recomendando o encarceramento cautelar.

Ante o exposto, tenho como suficientes as razões expostas na r. sentença de primeiro grau para negar ao paciente o direito de apelar em liberdade, razão pela qual, em consonância com o parecer da douta PGJ, denego a ordem.

É como voto.

Fortaleza, CE, 6 de maio de 2013.

ÍNDICE ALFABÉTICO

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL

Ação de busca e apreensão conexa com indenização por danos morais e materiais – inexistência de débito ensejador da ação – inclusão nos cadastros de restrição ao crédito – dever de indenizar por danos morais – dano material não comprovação.....235/237.

Ação reclamatória trabalhista – servidor contratado sem concurso público – regime celetista – acumulação de competências – justiça comum e trabalhista – comarcas não abrangidas pela jurisdição trabalhista – competência atribuída aos juízes de direito – recursos cabíveis para o respectivo TRT – incabível recurso para o TJCe – não conhecimento.....15.

Ações conexas de ordinária declaratória e cautelar – sentença única – apelos repetidos – ausência de repasse de mensalidade ao Sindicato de Empregados Celetista do Município de Paraipaba – autorização dos profissionais para o referido desconto – protesto em cartório do ente público tido como devedor – inexistência de comprovação de notificação do município para a dedução da mensalidade nos contracheques e para o pleiteado repasse da verba (Art. 545, da CLT) – ônus da prova do réu (Art. 333,II, do CPC) – inexistência de relação jurídica entre o sindicato e o ente municipal – cancelamento dos protestos.....206/208.

Apelação cível – interposição antes da decisão que julgou os embargos de declaração – ausência de ratificação ou aditamento do recurso – entendimento das cortes superiores e desta corte de justiça – intempestividade – recurso extemporâneo não conhecido.....118/120.

Citação por hora certa – não preenchimento dos requisitos legais – certidão que não informa os dias e horários em que o meirinho tentou proceder à citação – nulidade verificada.....274.

Compra de automóvel zero KM – veículo defeituoso – reparação de danos morais e materiais – falha não sanada pela apelante no prazo de trinta dias – direito do consumidor de rescindir o contrato e exigir a devolução do valor pago pelo veículo – danos morais configurados.....112/113.

Concurso público – convocação de candidato para apresentação de documentos para nomeação – publicação efetivada unicamente por diário oficial – princípio da publicidade, efetividade e razoabilidade – inobservância.....74.

Concurso público – decadência na impetração do mandado de segurança – inocorrência – marco inicial, término na validade do certame – candidato aprovado dentro do número de vagas - direito subjetivo à nomeação.....18/19.

Concurso público – professor da rede estadual – documentação específica de licenciatura em pedagogia com especialidade em língua inglesa – exigência que revelou-se desproporcional – candidata com diversos documentos que demonstram sua formatura em pedagogia e proficiência em língua inglesa – nomeação e posse.....55/57.

Conselho municipal de defesa do meio ambiente – vagas destinadas para indicação do MP – recusa da autoridade impetrada, prefeito, em nomear os membros indicados pelo representante do *Parquet* pelo fato de um haver ajuizado uma demanda contra a Prefeitura – motivação que viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e os da legalidade e impessoalidade, Arts. 5º,XXXV e 37, *caput*, da Magna Carta, respectivamente.....194.

Contrato de transporte marítimo internacional – sobrestadia de *container* – *demurrage* – responsabilidade do importador/consignatário – inexistência de cláusula – impossibilidade – extinção do feito.....232.

Cooperativa de serviços médicos – inclusão de médicos no quadro de associados da Unimed Fortaleza – exigência de integralização de quotas partes em número maior ao mínimo exigido no estatuto – impossibilidade – taxa de matrícula – previsão no Art. 7º, VII, do estatuto ….....151.

Direito do consumidor – contrato de empréstimo com consignação em folha de pagamento – capitalização mensal de juros – nulidade da sentença por falta de fundamentação – comissão de permanência – pedido não formulado na inicial – ofensa aos Arts. 128 e 458, II, do CPC e à Súmula nº 381, do STJ.....229.

Direito imobiliário – declaração particular de venda – imprescindibilidade de escritura pública – valor do imóvel – exegese do Art. 134, do CC/1916, aplicável à época dos fatos – nulidade da venda por inobservância da forma prescrita em Lei.....32/33.

Divórcio direto litigioso – ação de Estado – obrigatoriedade da citação ser feita por oficial de justiça, inadmissão de sua efetivação pelo correio – citação por hora certa só pode ser efetuada por oficial de justiça, nos termos dos Arts. 227, 228 e 229 do CPC – desconstituição da sentença e de todos os atos processuais.....102.

Ex-prefeito – contas anuais – ressarcimento ao erário – legitimidade ativa do MP para a proteção do patrimônio público – imputação de débito pelo Tribunal de Contas – aprovação pelo Poder Legislativo Municipal – possibilidade – competências diversas - independência das instâncias política, administrativa e judiciária – exegese do Art. 21, II, da Lei nº 8.429/92 – chancela judicial da decisão do Órgão de Contas.....167/168.

Falência – extinção do feito – perda do objeto – falta de interesse – depósito elisivo na falência – bloqueio parcial pelo juízo cível – ausência de comprovação.....280.

Falência – infringência ao § 1º do Art. 10, do Dec. Lei nº 7.661/1945 - ausência de intimação do devedor ou do representante legal da sociedade empresarial requerida – protesto que se mostra irregular para configurar a impontualidade e permitir a quebra do devedor.....198.

Incorporação sob regime de construção a preço de custo – Art. 58, da Lei Federal nº 4.591/64 – inobservância das atribuições do condomínio – arrecadação das prestações em atraso pela empresa construtora/incorporadora – legitimidade passiva *ad causam* da apelante – devolução das quantias pagas por contratante desistente.....43/44.

Instituição bancária – cobrança indevida – ausência de causa justificativa – demonstração de má-fé – inexistência de pagamento por parte do consumidor advindo da indevida cobrança – dever de ressarcimento não configurado – repetição do indébito em dobro – impossibilidade.....95/96.

Notícia veiculada em jornal – pleito indenizatório por danos morais e materiais – liberdade de expressão (Art. 5º, IV, CF/88) - matéria jornalística que se manteve dentro dos limites do direito de informação – abuso inexistente – exercício regular de direito – ausência do dever de reparação.....215.

Obrigação de fazer – direito à vida e à saúde – paciente portador de alergia alimentar múltipla – fornecimento de leite específico – responsabilidade solidária dos entes federativos – não incidência do princípio da reserva do possível.....63/64.

Penhora – embargos de terceiro – penhora de bem de homônimo com um dos integrantes do quadro societário – proprietário do bem penhorado não pertence a sociedade – embargos mantidos.....203.

Plano de saúde – prazo de carência – procedimento de urgência/emergência – inadmissibilidade – única restrição possível prevista na Lei nº 9.656/98, prazo máximo de 24 horas – precedente do TJCe.....81.

Policial militar – portador de trastorno esquizoafetivo – exclusão a bem da disciplina durante licença para tratamento de saúde – ilegalidade – incapacidade definitiva do policial atestada por perícia médica – previsão de reforma *ex officio* no Estatuto dos Militares – soldo devido no grau hierárquico superior ao da ativa – precedentes do STJ e dos TRFs.....222/223.

Previdência privada – suplementação de aposentadoria – redutor etário – fixação em decreto e regulamento – possibilidade – compreensão atual do STJ – manutenção do equilíbrio econômico das entidades de previdências.....25.

Previdenciário – pensão por morte acidentária – valor do benefício que deve corresponder a 100% do valor da aposentadoria do segurado falecido – Lei nº 9.032, de 29/4/95, Art. 75 – precedentes do STJ.....277.

Registro de imóveis – ação anulatória de escritura pública cumulada com indenização por danos morais e lucros cessantes – contrato particular de compra e venda não levado a registro – desídia dos compradores – transferência legítima – boa-fé de terceiro evidenciada – elementos probatórios que lançam força aos argumentos da contestação.....247/249.

Relacionamento amoroso – ruptura – inexistência de ato ilícito – ausência de danos materiais indenizáveis – danos morais não configurados – ausência de parentesco entre o filho da apelante e o apelado afasta a obrigação de prestar alimentos.....106/107.

Renovação de alvará de funcionamento de empresa – secretário municipal - condicionamento à prévia quitação de débitos do IPTU – ofensa ao princípio do livre exercício de atividade econômica – Súmulas nºs 547, 323 e 70, do STF e Art. 170, *caput*, Parágrafo Único da CF/88 – mandado de segurança concedido.....189.

Responsabilidade civil – vício em produto levado ao consumidor – não acolhimento das teses contidas na contestação -ausência de fundamentação – alegativa de cerceamento de defesa face ao indeferimento de produção probatória – princípio da livre convicção motivada,

Art. 131, do CPC – responsabilidade objetiva e solidária do fornecedor e do comerciante – ressarcimento dos danos.....138/139.

Servidor público – reintegração em cargo público – Decreto Municipal nº 001/2009 – inconstitucionalidade e ilegalidade – reconhecimento judicial – acórdão – trânsito em julgado – novo pronunciamento – impossibilidade.....157/158.

Taxa de turismo – não caracterização da especificidade e da divisibilidade do serviço público – impossibilidade de cobrança mediante taxa – ofensa aos Arts. 77 e 79, II e III do CTN – ausência de compulsoriedade característica de tributo.....87/88.

Títulos executivos extrajudiciais – duplicatas mercantis – princípios básicos dos títulos de crédito (cartularidade, literalidade, autonomia) – ausência – Art. 2º, VII, da Lei de duplicatas – Art. 566, I, do CPC – teoria da aparência – não aplicabilidade *in casu* – embargos à execução procedentes – extinção.....177/179.

AGRAVO DE INSTRUMENTO

Acidente de veículo – indenização – tutela antecipada – ausentes os requisitos do Art. 273, do CPC – agravo indeferido.....292.

Cautelar de exibição de documento – divulgação pela internet de conteúdo ofensivo – fornecimento de dados pessoais do proprietário da conta – impossibilidade – precedentes – disponibilização do número do IP.....319.

Concurso público – exoneração sumária de servidores públicos sob a invocação de ilegalidade de suas investiduras – ausência de prévio processo administrativo – ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório – impossibilidade – jurisprudência pacífica do TJCe, seguindo Súmula do STF.....295.

Contratos bancários – ação revisional – juízo de retratação exercido pelo magistrado *a quo* – matérias devolvidas prejudicadas, à exceção da discussão acerca da legalidade da cobrança de juros sobre juros – constitucionalidade do anatocismo.....305.

Direito fundamental à liberdade vs honra – mensagens ofensivas veiculadas em rede social – conflito entre princípio constitucionais – regra da proporcionalidade – prevalência na situação concreta do direito fundamental à honra – responsabilidade do provedor em retirar o conteúdo desabonador – precedentes do STJ.....287/288.

Direitos e obrigações relativos à propriedade industrial - Lei nº 9.279/96, Art. 132, III – não pode o titular da marca impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, comercialização de produtos adquiridos por revendedores autorizados – possibilidade – livre concorrência – precedentes do STJ.....309/310.

Engenhos publicitários – administração pública municipal que rejeita pedido de regularização dos engenhos de propaganda por inúmeros fundamentos não refutados pela agravada – presunção de validade – medida liminar deferida impossibilitando a imposição de qualquer restrição decorrente da fiscalização municipal - inexistência do *fumus boni iuris* para manutenção da medida.....325.

ICMS – operação de importação de produtos hortifrutigrangeiros – incidência acumulada do ICMS na alíquota de 17% - Lei estadual nº 12.670/96 e Instrução Normativa nº 12/2004, da SEFAZ-Ce – possibilidade – inexistência de bitributação.....329/330.

Tribunal de contas dos municípios – agente político – ex-gestor da Câmara Municipal – ação anulatória – antecipação de tutela para suspender os efeitos de acórdão do TCM – aplicação de multa – ausência dos requisitos autorizadores de medida antecipatória.....300/301.

AÇÃO RESCISÓRIA

Ação de usucapião – ausência de citação do titular do domínio – hipótese de querela *nulitatis insanabilis* ou ação rescisória – critério do interessado – preliminar de ilegitimidade processual ativa – inocorrência – dolo e erro de fato capaz de alterar o resultado do julgamento rescindendo.....339.

IPTU – cobrança de forma progressiva e, cumulativamente, da taxa de limpeza pública – pretensão de rescindir acórdão substitutivo de sentença que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança - carência de ação por falta de interesse processual, considerando que a sentença de 1º grau, substituída pelo acórdão rescindendo, permitiu que o impetrante/réu não pagasse o IPTU pelo valor cobrado, possibilitando a exclusão das cobranças as alíquotas de progressividade e os valores relativos à TLP.....353/355.

Servidor público – gratificação instituída pelos Arts. 9º e 10º, da Lei Municipal nº 5.177/79, transformada em vantagem pessoal (VPR) pela Lei nº 6.712/90, que extinguiu referida gratificação – direito dos prejudicados deveria ser reclamado no prazo de até cinco anos (Dec. Nº 20910/32) – prescrição do fundo do direito veridficada.....347.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

APELAÇÃO CRIME

Homicídio culposo – Art. 302, Parágrafo Único, III e IV, do Código de Trânsito Brasileiro – ausência de provas a embasar a condenação – autoria indemonstrada – princípio do *in dubio pro reo* – absolvição.....369.

Homicídio duplamente qualificado – pronúncia de ambos os agentes – condenação do primeiro por homicídio simples e do segundo por homicídio qualificado – recursos defensivos, quanto ao primeiro agente, tese de negativa de autoria, quanto ao segundo, legítima defesa – inadmissibilidade de ambas – inexistência de prova contrária à decisão quanto ao juízo de condenação – apelação do MP contra a desclassificação do delito operada em relação ao primeiro agente – cabimento – ocorrência de prova manifestamente contrária à decisão colegiada popular.....387/388.

Homicídio duplamente qualificado para um réu e triplamente para o outro acusado – pleitos de submissão a novo julgamento – alegação de inidoneidade da prova – inocorrência - dosimetria das penas – redução da pena imposta a um dos recorrentes por violação da Súmula 444 do STJ.....439/440.

Homicídio simples – alegação defensiva da tese da legítima defesa putativa – não acolhimento – inexistência de julgamento contrário à prova dos fatos – erro na dosimetria da pena – não provimento.....399.

Latrocínio – recurso da defesa pleiteando absolvição – alegação de que houve coação na confissão extrajudicial do réu e de insuficiência de provas – versão escusatória desprovida de plausibilidade e que se apresenta isolada nos autos….....425/426.

Lesão corporal grave – recurso da defesa alegando legítima defesa própria – inviabilidade – ausência de requisitos da injusta agressão da vítima – réu que deu início à provocação verbal e à ação física – substrato fático-probatório que dá esteio à sentença condenatória.....379/380.

Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido – condenação – pedido de absolvição com fundamento no princípio da insignificância – pedido subsidiário de desclassificação para posse irregular de arma de fogo de uso permitido – impossibilidade – crime de mera conduta – perigo abstrato configurado – circunstâncias judiciais favoráveis – redução da pena que se impõe.....447.

Posse irregular de arma de fogo de uso permitido – absolvição – arma desmuniciada e desmontada – impossibilidade – crime de mera conduta – perigo abstrato – delito configurado – materialidade e autoria configurados – condenação mantida.....421.

Prescrição retroativa da pretensão punitiva – havendo o trânsito em julgado para a acusação e transcorrido mais de três anos entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença penal condenatória – pena concreta de um ano.....377.

Roubo majorado – alegação de exacerbada a pena-base – oito anos de reclusão – cabimento – ações criminais em tramitação que não servem à comprovação de antecedentes – Súmula nº 444 do STJ – grave ameaça – impossibilidade de consideração, nessa primeira fase de cálculo, de circunstância elementar do tipo penal – princípio *non bis in idem* – diminuição da pena cabível.....402/404.

Tráfico de drogas c/c posse ilegal de arma de fogo de uso permitido – sentença condenatória – irresignação contra a dosimetria da pena imposta – exasperação da pena-base justificada nas circunstâncias do crime – atenuante da menoridade relativa não considerada na sentença – acolhimento.....416/417.

Tráfico de substância entorpecente – Art. 12, da Lei 6.368/76 – Pleito objetivando a absolvição sob o argumento de ter agido mediante coação moral irresistível – excludente não comprovada – condenação mantida.....374.

Tráfico de substância entorpecente – condenação – pleito absolutório ou desclassificatório – descabimento - contexto fático-probatório evidencia a ocorrência do crime de tráfico.....431/432.

HABEAS CORPUS

Homicídio duplamente qualificado – manutenção, no ato pronuncial, da prisão *ante tempus* do réu, recolhido, desde o início do sumário, por força de preventiva – persistência dos motivos autorizadores da medida extrema – desclassificação do delito – *writ* via inadequada.....462.

Roubo majorado – uso de arma de fogo – prisão preventiva – fundamentação idônea – garantia da ordem pública – réu renitente em práticas criminosas – denegação.....457.

Roubo qualificado – ausência dos requisitos autorizadores da custódia cautelar – inocorrência – conveniência da instrução criminal e manutenção da ordem pública – pedido de extensão de benefício – impossibilidade – participações diversas na prática do crime.....453.

Tráfico de drogas e associação para o tráfico – negativa ao direito de apelar em liberdade – paciente que respondeu em liberdade os termos processuais – irrelevância – decisão bem fundamentada – garantia da ordem pública.....465.

Tráfico de entorpecentes – prisão em flagrante – alegação de ilegalidade no decreto prisional e subsidiariamente substituição da prisão por medidas cautelares – inadequação da via eleita restando vedado o exame dos autos pelo órgão colegiado sob pena de supressão de instância.....459.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO ESTADO DO CEARÁ

Esta obra foi composta em
Times New Roman e impresso em papel 24 kg.
Impressão e acabamento no Departamento Editorial e Gráfico
doTribunal de Justiça do Estado do Ceará, em
Fortaleza/CE, dezembro de 2013.